UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

Des Contrats par Correspondance en Droit comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(ès-Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le 17 Juin 1930, à 15 heures

PAR

HASSAN ABDEL GHAFFAR

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Marc DESSERTEAUX, Professeur.

Suffragants : M. JAPIOT, Professeur.
M. PARISOT, Professeur.

LES PRESSES MODERNES
IMPRIMERIE
45, RUE DE MAUBEUGE
PARIS

1930

DES CONTRATS PAR CORRESPONDANCE EN DROIT COMPARÉ

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

Des Contrats par Correspondance en Droit comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(ès-Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le 17 Juin 1930, à 15 heures

PAR

HASSAN ABDEL GHAFFAR

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Marc DESSERTEAUX, Professeur.

Suffragants : M. JAPIOT, Professeur.
M. PARISOT, Professeur.

LES PRESSES MODERNES
IMPRIMERIE
45, RUE DE MAUBEUGE
PARIS

1930

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A mon Père,

INTRODUCTION

Le code civil n'a point envisagé la question du contrat entre deux personnes séparées par la distance, et obligées, pour contracter ensemble, de procéder à un échange de lettres. Pothier dans son traité des obligations n'en avait point parlé, et c'est probablement pour cela que le code n'en a pas fait mention dans le titre consacré aux obligations conventionnelles en général, et n'a pas cru devoir l'aborder à propos de la vente, alors que c'est à propos de la vente que Pothier touche à la question. Le code étant muet, adressons-nous à Pothier.

Pothier a envisagé la question dans son traité de la vente (1), mais on ne peut comprendre sa doctrine que si on la rapproche, au préalable, de ce qu'il dit dans son traité général des obligations (2), où il distingue le contrat de la pollicitation.

En effet, Pothier nous enseigne en examinant la question du consentement intervenant entre absents que « la pollicitation aux termes de pur droit naturel ne pro- « duit aucune obligation proprement dite, et celui qui fait

(1) Pothier, vente, n° 32.
(2) Pothier, obligations, n° 4.

« cette promesse peut s'en dédire tant que cette promesse « n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite, car « il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert « la personne envers qui elle est contractée contre la per- « sonne obligée ».

Ainsi, en se basant sur le droit naturel, Pothier part de l'idée qu'une offre n'engage pas, qu'une offre n'oblige pas et qu'une offre n'est obligatoire que lorsqu'elle a rencontré devant elle une volonté qui prend acte de la promesse.

Pothier fait état de ce premier principe dans son traité de la vente, où il examine la question du consentement des parties intervenant entre absents. Cet auteur prend un exemple pratique relatif au problème du contrat par correspondance : il suppose qu'un marchand français écrit à un marchand de Livourne (en Italie), en proposant de lui vendre une marchandise à un certain prix et qu'avant l'arrivée de la lettre il lui en écrit une seconde par laquelle il lui marque qu'il ne veut plus ou qu'avant le même temps il est mort ou a perdu la raison. Pothier nous dit qu'il ne serait intervenu aucun contrat, « quoique ce marchand de « Livourne, au reçu de ma lettre, ignorant ou mon change- « ment de volonté, ou ma mort ou ma démence, ait fait « réponse qu'il acceptait le marché proposé, car ma volonté « n'ayant pas persévéré jusqu'au temps auquel ce mar- « chand a reçu ma lettre et accepté la proposition qu'elle « contenait, il ne s'est pas rencontré un consentement ou

« concours de nos volontés nécessaire pour former le con-
« trat ».

La théorie de Pothier est nette et claire. C'est la théorie de l'information qui était la doctrine des jurisconsultes du XVIII[e] siècle. Notons que Touiller affirme (3) qu'il suffit que l'acceptation soit connue de celui qui a fait la promesse pour que l'engagement soit parfait et irrévocable ; jusque-là, c'est-à-dire jusqu'au moment où celui qui a fait la promesse connaît l'acceptation, il demeure libre de révoquer ses offres. C'est au moment où elles acquièrent la connaissance de leur acceptation que les deux volontés concourent. Elles n'auraient pas pu concourir si on avait révoqué avant cette connaissance, « une volonté qui n'est pas connue est en jurisprudence comme si elle n'existait pas ».

Au commencement du XX[e] siècle, la question, en effet, s'est enrichie, s'est développée. Les auteurs l'ont prise en considération, l'ont analysée suivant l'accroissement des moyens de communication, et les nécessités pratiques.

La doctrine et la jurisprudence anglaises ont donné à la question un aspect spécial suivant leur conception de la formation du contrat et même elles ont influencé par leur solution les jurisprudences et les auteurs continentaux.

Nous allons passer en revue les points suivants :

(3) Touiller, VI, n° 29.

1. Définition et intérêt pratique du contrat par correspondance.

2. Moyens de communication.

3. Formation du contrat et systèmes soutenus à cet égard.

4. Preuve du contrat.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET INTÉRÊT PRATIQUE DU CONTRAT PAR CORRESPONDANCE

I

Le contrat entre absents, en général, est un contrat entre personnes séparées par la distance. Le contrat par correspondance est une espèce, une variété du contrat entre absents, c'est-à-dire, qu'il n'est pas nécessaire qu'un contrat entre personnes absentes soit toujours un contrat par correspondance. Il existe des cas dans lesquels le contrat est conclu entre personnes séparées par la distance, et cependant on ne le considère pas comme un contrat par correspondance.

Prenons le contrat conclu par un mandataire, ou un fondé de pouvoirs, soit général, soit spécial ; ce n'est point un contrat par correspondance, et cependant la personne qui doit devenir le sujet actif ou passif de l'obligation est absente, car la personne absente est représentée auprès de

l'autre partie par son mandataire. Les formes du contrat sont exactement les mêmes que si le mandant lui-même était présent.

Le contrat conclu par téléphone, on est d'accord sur ce point, a le caractère du contrat entre présents, malgré la distance qui sépare les deux co-contractants. Le droit ne tient pas compte de l'éloignement matériel. Ce qui compte, c'est l'éloignement juridique qui sépare l'offre et l'acceptation et qui n'existe pas dans le contrat par téléphone dans lequel les sons sont transmis en un temps si bref qu'il est presque imperceptible.

Donc le contrat par correspondance n'embrasse pas tous les contrats entre absents.

Le contrat par correspondance est celui qui est conclu directement entre personnes non présentes, et qui a pris comme mode de communication de l'acceptation la correspondance.

D'après cette définition, il faut la réunion de deux conditions pour qu'on considère le contrat comme un contrat par correspondance.

D'une part il faut qu'il soit un contrat conclu directement entre personnes non présentes, directement c'est-à-dire un contrat où l'acceptation doit avoir lieu par la poste ou par l'intermédiaire d'un autre moyen de transmission de la volonté, mais en éliminant l'hypothèse du contrat conclu par un mandataire.

D'autre part il faut que l'acceptation soit transmise

par un mode de correspondance qui mette un certain laps de temps entre l'acceptation et son arrivée à destination. C'est ce qui exclût le contrat par téléphone des contrats par correspondance. Il faut s'attacher à l'acceptation pour savoir si le contrat est un contrat par correspondance parce que si on suppose que l'offre a eu lieu par correspondance et que celui à qui l'on fait l'offre prend le train ou l'automobile et vient traiter directement avec celui qui lui a fait la proposition, le contrat n'est plus un contrat par correspondance, mais un contrat entre présents.

II

Le développement de relations entre personnes éloignées l'une de l'autre, et qui ne peuvent ou ne désirent pas toujours se déplacer pour se réunir au même endroit, a multiplié l'usage de la correspondance en vue de traiter les affaires de tout genre, soit pour créer une obligation, soit pour éteindre une obligation déjà existante.

Cette extension de l'usage des contrats par correspondance est due à la multiplicité, l'emploi peu coûteux et la rapidité merveilleuse des agents de transmission. L'organisation du service des postes et télégraphes par les gouvernements des divers pays et les traités internationaux facilitent de plus en plus l'usage de missives et de télégrammes pour traiter les affaires entre habitants de pays éloignés.

Les commerçants emploient souvent la correspondance

pour traiter leurs affaires commerciales. Le but poursuivi au point de vue économique est de supprimer les intermédiaires et de traiter directement avec les consommateurs pour économiser des commissions et des courtages.

Dans les Bourses on voit l'emploi fréquent de télégramme pour conclure des affaires d'une valeur considérable, pour éviter la perte du temps et ne pas exposer les commerçants aux fluctuations du marché qui change du jour au lendemain.

C'est ainsi que le législateur dans l'article 109 du C. Comm. poussé par la nécessité de la rapidité dans les affaires commerciales a prévu la correspondance comme un moyen de preuve complète, comme un mode parfait de création ou d'extinction d'une obligation.

La jurisprudence, d'autre part, même en matière civile, s'est montrée de plus en plus favorable à cette manière d'éviter la formalité prescrite par l'article 1325 C.C., c'est-à-dire l'établissement d'autant d'originaux du contrat que de parties ayant un intérêt distinct, avec mention sur chaque aoriginal du nombre d'originaux qui ont été fait.

La combinaison des articles 1347 et 1353 a permis aux cours et tribunaux d'admettre des présomptions graves, précises et concordantes toutes les fois qu'une simple lettre pouvait servir de commencement de preuve par écrit.

Les facilités que donnait dès lors un échange de lettres pour constater une convention incitent le plus souvent les partis, même lorsqu'elles sont présentes au même endroit,

ou qu'elles habitent la même ville, à simuler en quelque sorte une correspondance entre elles pour fournir une preuve de leurs obligations respectives. Le but poursuivi est généralement celui qui consiste à éluder les droits de timbre et surtout l'obligation de faire enregistrer dans le délai de trois mois à compter de leur date tous les actes sous seing privés constatant des conventions synallagmatiques, autres que les marchés ou traités réputés actes de commerce par les articles 632, 633 et 634 c. comm. et les actes d'avance sur titres ; obligation édictée par l'article 12 de la loi du 29 juin 1918.

Mais le principal avantage, la raison d'être du contrat par correspondance, même entre habitants de la même localité, sera toujours l'économie de temps qu'il fait réaliser. La vie économique est devenue de plus en plus fiévreuse et de plus en plus précipitée. La rapidité des moyens de transport modernes ne suffit même plus à satisfaire la hâte de chacun. C'est pourquoi, sauf dans les cas spéciaux où la loi soumet la validité d'une convention à l'observation de certaines formes, on a tendance à traiter les opérations les plus importantes en dictant rapidement sa volonté à quelque dactylographe.

Le domaine où règnent l'acte notarié et le classique acte sous seing privé de l'art. 1325 C.C. se restreint chaque jour davantage.

CHAPITRE II

LES MOYENS DE COMMUNICATION

Les moyens dont celui qui propose peut se servir pour faire parvenir à destination la proposition contractuelle sont innombrables.

Le moyen le plus simple est l'offre faite de vive voix. Lorsque celui qui propose et le destinataire se trouvent au même endroit, en présence l'un de l'autre et que le destinataire se trouve en mesure de parfaitement entendre ce que son interlocuteur déclare de vive voix, la proposition peut avoir lieu par ce moyen.

Il arrivera aussi que l'auteur de la proposition et le destinataire de celle-ci ne se trouveront pas au même endroit, ou bien qu'étant dans le même lieu, ne seront pas dans les conditions acquises pour que la voix se prête à la communication réciproque de leurs idées. En ce cas, celui qui propose doit confier sa proposition à d'autres moyens de transmission.

Si le destinataire se trouve dans un autre endroit, le moyen pourra être, soit un émissaire, soit la correspondance épistolaire, soit le télégraphe, soit le téléphone.

Lorsque le destinataire se trouve au même endroit, mais dans des conditions telles qu'il ne peut pas entendre de façon parfaite une déclaration faite de vive voix, le moyen pourra être la correspondance épistolaire ou un émissaire.

Lorsque les communications entre l'auteur de la proposition et le destinataire ont lieu par correspondance épistolaire, les lettres échangées par les parties peuvent être envoyées de différentes manières. L'auteur peut la remettre directement de ses propres mains au destinataire, comme il peut la faire parvenir par une personne jouissant de sa confiance, ou la remettre à un messager qui lui a été dépêché à cet effet, ou enfin la lui expédier par l'intermédiaire de l'administration des postes ou d'un service de messagerie.

Il n'est pas question ici d'étudier les rapports qui existent entre l'auteur de la lettre d'une part et la personne chargée de transmettre la lettre et de la porter à destination d'autre part.

Nous nous bornons à faire remarquer que la question est fort intéressante surtout lorsque le chargé de transmission est l'Administration des Postes ou un service de messagerie (1).

Nous laissons de côté également une autre question tout aussi intéressante, celle de la nature du droit acquis

(1) Valéry. Des contrats par correspondance, p. 70-80.

par le destinataire sur la lettre qui lui est parvenue. Nous ne faisons que traiter une question qui a une grande importance pratique et qui forme l'objet de notre étude : A qui appartient la lettre pendant la période écoulée entre l'expédition et l'arrivée ? Est-ce à l'auteur ? Est-ce au destinataire ?

Cette question doit être résolue suivant la qualité de la personne chargée de la transmission (2).

Si la lettre a été remise à un émissaire individuel au service de l'auteur, elle continuera à appartenir à ce dernier jusqu'au moment où la lettre sera remise à l'adresse indiquée, parce qu'il faut admettre que jusqu'à ce moment elle est la propriété de l'auteur qui par un contre-ordre a le droit d'en disposer et d'en exiger le retour.

Le cas est tout à fait différent si la lettre a été remise à un envoyé individuel au service du destinataire. En ce cas il faut admettre que la lettre est la propriété du destinataire à partir du moment où elle a été remise à son en-

(2) Il n'est pas ici question des messages oraux à cause des inconvénients qu'ils présentent. La mémoire du messager peut-être mauvaise, il peut aussi, soit par malice, soit involontairement, redire qu'on l'a chargé de transmettre d'une façon incomplète ou inexacte. Souvent rien ne prouve à celui qui reoit un message oral qu'il émane réellement de l'expéditeur prétendu. Enfin pour ces inconvénients ce moyen de communication devient très rare et peu fréquent.
Quant à la question de savoir si le messager est un mandataire ou non voir : Delamarre et Le Poitevin. Droit commercial n° 98 qui le considère comme un mandataire. Contrà, Valéry, contrat par correspondance, p. 33, n° 31.

voyé chargé de la retirer et l'action de transmission ne pourra plus être suspendue ou révoquée par un contre-ordre de l'auteur.

La question est autrement plus complexe lorsque la transmission est effectuée par un intermédiaire qui n'est au service d'aucune des deux parties. Il s'agit ici du cas le plus fréquent parce qu'il se présente lorsque la lettre est envoyée par la poste.

L'accord sur ce principe est aujourd'hui un fait presque accompli.

En principe la lettre appartient à l'expéditeur tant qu'il ne l'a pas mise à la poste ; c'est parce que jusque là il la détient, et qu'il peut en disposer à son gré. Dès que l'expéditeur s'est dessaisi de la lettre, le destinataire en devient propriétaire. La jurisprudence française a consacré cette doctrine. La cour de cassation avait déjà à deux reprises différentes affirmé le même principe en décidant qu'une lettre est la propriété de celui à qui elle a été adressée et que s'il en est dessaisi malgré lui, il y a violation de cette propriété (3).

L'argument à l'appui de cette thèse est le suivant : si la lettre est mise dans la boîte aux lettres du destinataire, on ne peut pas douter que de ce fait elle devient sa propriété ; la même conception doit être admise lorsque la lettre est mise dans la boîte postale de l'Administration

(3) Cassation, 14 avril 1821. S. chr. à sa date.
Cassation, 12 juin 1823. S. chr. à sa date.

des Postes, laquelle, comme la boîte aux lettres du destinataire, reçoit les lettres adressées à ce dernier. On invoque aussi le fait que la poste doit être considérée comme le représentant du destinataire et que son rôle est le rôle du gérant d'affaires (4).

Quelques décisions judiciaires ont adopté cette manière de voir, qui fut suivie d'ailleurs pendant longtemps par l'Administration des Postes elle-même. En effet, l'Instruction Générale sur le service des Postes du 20 mars 1868 art. 389 disait que les objets une fois confiés au service et expédiés, étant, en principe, la propriété du destinataire, ne peuvent être livrés qu'à ce dernier, à son fondé de pouvoir et à ses ayants droit, à moins de refus ou désignation insuffisante.

Cette question doit être examinée sous un double aspect, celui du droit commun et celui de la législation postale.

La question de droit commun doit être résolue suivant les principes qui réglementent le contrat de transport. Suivant ces principes, l'expéditeur a le droit de donner des contre-ordres au voiturier jusqu'au moment où la chose expédiée parvient entre les mains du destinataire (5).

Ceci est parfaitement juste. L'expéditeur seul a traité

(4) Rousseau. De la correspondance, n° 259.
Metz 22 mai 1867 S. 68-2-76.
Civil Tulle, 15 juillet 1893 Gaz. trib. 22 août trib. paix 15e arrondissement, Paris, 24 janvier 02-287.

(5) Vivante. Droit commercial, p. 662.

avec le transporteur et c'est à lui seul que revient donc le droit de modifier les instructions précédemment données (6).

En nous basant sur ces principes, nous pouvons affirmer que la personne qui expédie une lettre a le droit de la retirer jusqu'à ce qu'elle soit parvenue au destinataire.

Le Conseil d'Etat, saisi de la question, a émis, le 6 août 1883, l'avis que le droit de disposer d'une lettre devait appartenir à l'expéditeur jusqu'au moment où elle était remise au destinataire. A la suite de cet avis une instruction ministérielle du 1er août 1881 (7) a décidé que l'expéditeur d'un objet confié à la poste avait le droit de retirer l'objet expédié jusqu'au moment où il était remis au destinataire (8). Cette disposition constitue aujourd'hui l'article 504 de l'Instruction Générale sur le service des Postes.

En Italie, ce principe est adopté dans le règlement postal, à l'article 38. Suivant cet article, l'expéditeur a le droit de retirer la lettre jusqu'au moment où elle est remise au destinataire.

Le droit de retirer la lettre étant acquis jusqu'au moment où celle-ci est remise au destinataire, il n'est nullement infirmé par le fait que la Poste, dans les cas établis par le règlement, aurait expédié au destinataire un avis

(6) Valéry, Lettres missives. Paris 1912, p. 110 suiv.
(7) Bulletin ministériel des Postes, 1884, n° 191.
(8) Valery. Lettres missives, p. 111.

simple ou recommandé, l'invitant à retirer la correspondance qui lui est destinée (9).

Ce principe est aussi conforme à la pratique suivie dans tous les pays. Le congrès postal international réuni à Paris en 1878 vint le démontrer (10) et une disposition fut alors insérée dans la convention d'Union Postale, dont la rédaction actuelle est la suivante :

« L'expéditeur d'un objet de correspondance peut le faire retirer du service ou en faire modifier l'adresse, tant que cet objet n'a pas été livré au destinataire » art. 9 de la convention de Rome (11).

La proposition contractuelle peut également être transmise au moyen du télégramme.

Le télégraphe présentait de grands avantages au point de vue de la rapidité des communications, sur les moyens de correspondance connus jusqu'à cette époque.

Ce moyen rapide est souvent employé pour révoquer un mandat, ou retirer une déclaration de volonté faite par lettre avant que le destinataire en ait eu connaissance.

(9) Carrara. Formoza Dis Contrato Edit Italienne n° 102.

(10) Kirchenkeim. Revue de droit international et de législation comparée. T. XIV, 1882, p. 616.

(11) Le bureau de la poste, avant de restituer la lettre, doit s'assurer que celui qui demande la restitution est réellement l'expéditeur. La garantie du secret épistolaire implique les plus grandes précautions avant qu'il soit fait droit à une pareille requête. Le règlement met à la charge du bureau de la poste la responsabilité de l'appréciation de la preuve offerte par l'expéditeur. Voir Rousseau, De la Correspondance en droit civil et commercial, p. 152 n° 255 et suivants.

Ainsi l'installation de bureaux télégraphiques dans les lieux où les négociants ont l'habitude de se réunir, tels que les Bourses et Marchés, permet de traiter les affaires avec rapidité (12).

La proposition faite par télégramme n'offre pas de différence avec celle faite par lettre. Le proposant peut retirer le télégramme tant qu'il n'est pas parvenu au destinataire.

D'un autre point de vue, cependant, la proposition faite par télégramme est différente de celle faite par lettre. Le destinataire qui reçoit une proposition par lettre reçoit un document qui indiscutablement a une haute valeur juridique parce qu'il porte la signature de son auteur.

Il en est autrement quand la proposition est faite par télégramme. Le télégramme ne porte pas la signature de son auteur et est écrit par une tierce personne. Quelle est la valeur juridique d'un pareil document ?

Nous traitons cette question dans la troisième partie de notre étude, mais cela n'empêche pas d'exposer brièvement ici les théories soutenues à ce sujet.

Certains auteurs reconnaissent au télégramme le caractère d'une lettre autographe de l'expéditeur (13).

Une autre opinion reconnaît au télégramme la valeur d'une copie conforme et authentique.

(12) Pour l'histoire du télégraphe et la législation qui le concerne, voir Rousseau, De la correspondance, p. 271 et suiv.
(13) Lyon, Caen et Renault, dr. comm. p. 428. Ripert, Essai de la vente comm. Paris 1875, p. 232.

La troisième opinion considère le télégramme comme la copie d'une copie. Elle est défendue par des auteurs considérables et sanctionnée par plusieurs décisions judiciaires (14).

La proposition contractuelle peut être faite au moyen du téléphone.

Lorsque la proposition a lieu par ce moyen, la question se pose de savoir si le contrat conclu par téléphone est un contrat entre présents ou un contrat entre absents.

On doit le considérer comme un contrat entre présents et il doit être exclu des contrats entre absents ; car, par définition, les contrats entre présents sont ceux dans lesquels les deux contractants se communiquent réciproquement leurs volontés, de telle sorte qu'au moment même où l'un d'eux exprime son intention l'autre en a connaissance immédiatement. Au contraire les contrats entre absents sont ceux dans lesquels la manifestation de la volonté de l'une des parties précède, d'un temps assez long pour être appréciable, le moment où elle arrive à la connaissance de l'autre partie.

En d'autres termes, selon que ces deux faits sont simultanés ou ne le sont pas, le contrat est entre présents ou entre absents.

Or, dans les conventions conclues par téléphone, cette

(14) Meili. Das telegrapheurecht 2e édition. Zurich, 1873, p. 63-64.
Valery. Des contrats par correspondance. Paris 1895, p. 282.

simultanéité existe, le temps employé pour la transmission des sons étant si bref qu'il est imperceptible, quelque éloignés que puissent être les co-contractants. Au moment même où l'un d'eux parle, l'autre entend la parole.

Ce qui prouve bien, du reste, qu'il serait peu scientifique de faire figurer les contrats par téléphone parmi les contrats par correspondance, c'est qu'ils ne diffèrent en rien de certains contrats que tous les auteurs s'accordent à considérer comme contrats entre présents. Tels seraient les contrats conclus au moyen d'un tube acoustique, ou par des personnes qui s'entretiendraient au travers d'une cloison ou d'un plafond. Dans ces hypothèses, et d'autres analogues, on ne pourrait pas dire que la convention s'est formée entre absents, on ne peut donc pas le dire davantage des conventions par téléphone (15).

Les adversaires de cette théorie et ceux qui considèrent que le contrat conclu par téléphone est un contrat entre absents, réfutent cette théorie en disant que le contrat par téléphone ne peut pas être un contrat entre présents car il manque un des éléments essentiels du contrat entre présents. Il manque l'existence des parties contractantes dans le même lieu (16).

On n'hésite pas à répondre que la situation de deux personnes qui ont une conversation par téléphone est exac-

(15) Darquer. Des contrats par correspondance, thèse, Paris, 1885, p. 11 n° 40. — Meili, op. cité, p. 202. — Rossel, droit fédéral des obligations, Paris, Lausanne, 1892, N° 28.

(16) Valery. Des contrats par correspondance, op. cité, p. 61.

tement la même que si elles se trouvaient en face l'une de l'autre.

La présence et l'absence des parties n'exercent aucune influence sur la formation des conventions. La seule chose qu'il faut considérer, c'est le concours des volontés, le laps de temps qui sépare la manifestation de la volonté et l'acceptation. Non pas l'éloignement matériel, mais la séparation qui peut obliger à transmettre la pensée par des procédés spéciaux, comme le message, la lettre, le télégramme, c'est-à-dire dans un laps de temps plus ou moins long. Cette séparation là n'existe pas dans le contrat conclu par téléphone. Il doit donc être exclu des contrats par correspondance et on doit le ranger parmi les contrats entre présents.

Malgré la facilité et les avantages de la communication par téléphone, elle n'est pas encore répandue, surtout pour les affaires de grande importance. C'est dû au fait que ce moyen de correspondance ne fournit aucune preuve de la personnalité de l'auteur de la communication et ne laisse aucune trace de celle-ci. Au contraire, par le télégramme, il existe toujours une copie qui reste entre les mains de l'Administration. C'est pourquoi il est d'usage en matière commerciale de confirmer par lettre les contrats formés par communication téléphonique et de ne les considérer comme définitifs qu'après cette confirmation.

Or à ce défaut du téléphone, il n'est pas possible de remédier.

Vivante (7) suggère comme solution de faire assister à la conversation téléphonique de part et d'autre des témoins, pour enregistrer tout de suite l'affaire dans les livres de commerce, et de confirmer par lettre immédiatement la conversation téléphonique. Il est cependant évident que ces remèdes n'ont qu'une efficacité et une valeur très aléatoires. Tout dépendra, en dernière analyse, des circonstances de détail particulières à chaque cas.

L'invention de M. Charles S. Tainter, par laquelle une machine phonographique enregistre les communications téléphoniques, ne donne pas non plus une solution satisfaisante, car on se trompe encore sur l'identité de la personne avec laquelle on s'est entretenu.

La difficulté de preuve n'est pas spéciale au contrat par téléphone, elle existe aussi dans tous les contrats par correspondance, mais elle se présente sous un aspect spécial dans le contrat conclu par téléphone.

Lorsqu'on se sert de l'apareil d'un abonné, il y a présomption que ce dernier est le transmetteur, jusqu'à preuve du contraire. S'il réussit à faire cette preuve, il n'est pas entièrement justifié ; il pourrait encore, selon certains auteurs, être rendu responsable de l'imprudence qu'il a commise en laissant son appareil sans protection contre les manœuvres frauduleuses des tiers (18).

(17) Vivante, dr. com. T. IV, n° 1518.
(18) Valery, op. cité, p. 68.

Nous nous accordons toutefois avec M. Vidal (19) qui est d'un avis contraire, sauf en ce qui concerne les commerçants qui auraient informé leurs correspondants, qu'ils recevraient des ordres par téléphone. Il admet aussi que l'abonné est responsable des fautes de ses employés. En dehors de ces deux cas il exclut la responsabilité, car, dit-il, le commerçant ne serait sinon jamais tranquille. Il serait constamment en proie aux soucis et à l'inquiétude, redoutant les chicanes d'un tiers de mauvaise foi qui chercherait à le ruiner par l'emploi de son appareil.

Lorsqu'on se sert d'un appareil mis à la disposition du public, la personne qui invoque l'existence du contrat doit prouver l'identité de son correspondant. C'est un principe de droit et on n'a aucune raison d'y déroger. C'est celui qui prétend être sujet actif d'une obligation qui doit en prouver l'existence (art. 1315 du C.C.).

La proposition contractuelle peut être faite également par intermédiaire.

La personne intermédiaire peut cependant présenter des caractères variables ; la nature et les effets de son intervention varient suivant ces caractères.

La personne intermédiaire peut être un simple envoyé ou un mandataire spécial (20).

(19) G. Vidal. Recueil de l'Académie de Toulouse, 1884, p. 317.
(20) Voir Delamarre et Le Poitevin, Dr. comercial I n° 98, qui considèrent le messager comme un mandataire. Ils déclarent : « Enfin la convention peut encore se former expressément par le ministère d'un messager (nuntuis)

Ce second cas n'offre pas pour nous l'intérêt que possède l'autre. Le mandataire met au service du mandant son aptitude à vouloir ; il veut la proposition qu'il fait dans l'intérêt de son mandant. Le mandataire n'est donc pas un moyen de transmission de volonté, mais il est une personne chargée de vouloir et de manifester une volonté dans l'intérêt du mandant. Pour transmettre la proposition à sa destination, il peut se servir de tous les moyens dont peut se servir la partie qui sans avoir de mandataire manifesterait et transmettrait sa proposition.

Conformément à la définition de l'article 1984 C.C., « le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose ». Le mandataire use provisoirement du pouvoir qu'il tient de son mandant pour accomplir un acte déterminé.

Un simple messager, contrairement à l'opinion de Delamarre et Le Poitvin, est un véritable moyen de communication, de transmission de la pensée. Il ne fait que transporter la parole de l'émetteur au destinataire. L'émetteur se sert de lui comme d'un instrument ou d'un porte-voix pour faire parvenir au destinataire sa propre déclaration de volonté. Le messager écoute la parole que le proposant

chargé par nous de porter de vive voix à quelqu'un une offre ou une demande que nous adressons à ce dernier. Si la réponse est faite par écrit, il ne restera plus qu'à juger de sa conformité avec la demande ou les offres. Le messager n'a-t-il reçu qu'une réponse orale, elle est réputée faite directement à celui qui a offert ou proposé, parce que ce messager était un mandataire qui le représentait ».

prononce et n'a pas d'autre mission que de les répéter machinalement au destinataire. Sa volonté n'a rien à voir avec le contenu de ces paroles, mais doit être appliquée seulement aux opérations purement matérielles d'audition et de répétition. Il n'apporte donc aucune collaboration d'une nature juridique à la proposition, mais il forme seulement un élément matériel de l'action juridique de l'émetteur.

Le messager, en tant que moyen de transmission de la volonté n'a pas besoin d'être doué d'une capacité spéciale. L'état de sa volonté et sa bonne foi sont totalement indifférents à la validité de la négociation.

Le rapport juridique entre l'émetteur et le messager est un rapport de louage de main d'œuvre. Le messager n'a qu'à exécuter ce qu'on lui demande et, ne jouissant d'aucune liberté d'action ou d'appréciation à l'égard de la proposition qu'il doit présenter. Il n'est pas tenu, à la différence du mandataire spécial, de donner son avis ou de demander des instructions supplémentaires à son émetteur dans le cas où il lui semblerait que la proposition est préjudiciable à ce dernier (21).

Quoique l'emploi de messager ait beaucoup perdu de son importance primitive, grâce aux procédés modernes de transmission des pensées, il est néanmoins encore fréquent. Il arrive souvent, surtout dans les affaires minimes, qu'un commerçant envoie un messager pour conclure un acte.

(21) Voir Savigny, obligation, n° 37.

On évite par l'emploi d'un messager le retard et la peine que comporte la rédaction d'une lettre. Le messager est quelquefois préférable à un écrit, surtout quand on adresse la proposition à un individu peu lettré.

DEUXIÈME PARTIE

La Formation des Contrats par Correspondance

CHAPITRE PREMIER

L'OFFRE

Pour que le contrat se forme et produise ses effets juridiques, il faut au moins l'existence des volontés de deux individus. Il ne suffit pas qu'elles coexistent, il faut en outre qu'elles se connaissent et se combinent.

Si Pierre m'offre l'achat d'une voiture, mais si au lieu de m'annoncer sa volonté à moi, il l'a manifestée à un autre, il n'y aura pas contrat, car j'ignore la proposition faite par Pierre ; de même si j'ai manifesté mon acceptation à un autre que l'offrant, il n'y aura pas de contrat car le proposant ignore mon acceptation.

Donc dans chaque contrat il faut l'existence de la proposition et de l'acceptation. A défaut de l'un de ces deux termes, le contrat ne se forme pas. Une offre non acceptée

est un acte impuissant à transférer aucun droit ; et une acceptation sans offre préalable est un chose impossible, absurde qui ne répond à rien. Pour que je puisse acquérir il ne suffit pas en effet qu'on m'offre, il faut que j'accepte cette offre ; il ne suffit pas non plus que je veuille acquérir, si l'on ne me fait pas d'offre (1).

La proposition contractuelle est un acte de négociation qui veut être perçu ; ce qui veut dire que pour qu'elle soit efficace, elle doit être communiquée à la personne à laquelle elle est adressée. Le procédé de communication se compose de deux phases distinctes, dont la première consiste dans l'émission, et la seconde dans la participation ; la participation à son tour est composée de la transmission et de la réception.

L'émission de la proposition contractuelle est l'impulsion que l'expéditeur donne à la proposition pour que celle-ci parvienne à la personne à laquelle elle est destinée.

Il n'est pas facile d'établir avec précision le moment exact où l'émission a lieu.

On peut cependant dire que l'émission se réalise au moment où l'expéditeur remet volontairement la déclaration de volonté renfermant la proposition à l'agent de transmission.

Si cet agent de transmission est la poste, l'émission se réalise au moment où la lettre contenant la proposition

(1) Larombière (Théorie et pratique des obligations) n° 9, p. 6. Pothier, obligation, n° 4.

contracutelle a été remise au bureau de poste ; si c'est le télégraphe, au moment où l'écrit contenant la dépêche a été remis au bureau du télégraphe ; si c'est un agent individuel, au moment où a été remise à ce dernier la lettre contenant la proposition ; si c'est le téléphone, au moment où la déclaration contenue dans la proposition a été complètement énoncée dans l'appareil transmetteur (2).

L'émission de la proposition contractuelle a toujours une grande valeur dans le procédé de communication. Cette valeur est variable suivant certaines théories et certains systèmes législatifs.

Selon certains systèmes, surtout selon le système allemand, l'émission a pour effet immédiat de rendre la déclaraiton de volonté contenue dans la proposition contractuelle indépendante de la personnalité de son auteur. Si la mort ou l'incapacité de l'expéditeur survenait postérieurement à l'émission, elle n'infirmerait aucunement la déclaration de volonté, qui suivrait régulièrement son cours et produirait ses effets juridiques dès lors que les conditions exigées pour son efficacité ont été réalisées (3). Or si on veut définir la proposition contractuelle d'après la théorie allemande, on peut dire que « l'offre est une manifestation libre de volonté qui suffit à obliger son auteur ».

Selon d'autres systèmes, surtout selon le système français, la volonté du déclarant est un élément essentiel de

(2) Saleilles, De la déclaration de volonté, p. 128.
(3) Saleilles. De la déclaration de volonté, p. 130 n° 16 et suiv.

la déclaration, de telle sorte que celle-ci est non seulement annulée par une déclaration contraire, mais encore devient caduque par suite de toute circonstance qui supprime une condition de validité de la volonté, comme par exemple la mort, l'interdiction, la faillite, etc... (4).

La théorie française est exacte au point de vue de la pure logique, et juridique, car la volonté d'une personne, c'est l'expression de la personne elle-même et le contrat, c'est le concours de deux volontés ; c'est le consentement ; or les deux volontés n'ont pas concouru : donc pas de consentement, ni de contrat (5).

Cependant quelques auteurs ainsi que de très rares et anciennes décisions judiciaires ont admis le contraire, en affirmant que les héritiers de celui à qui l'offre a été faite, et qui, surpris par la mort, n'a pas eu le temps de l'accepter, pourraient l'accepter eux-mêmes, à la différence de ce qui arrive pour une donation qui est faite intuitu personae (6).

Sans doute le défunt est censé avoir stipulé pour lui et pour ses ayants-cause qui succèdent dans tous les droits et actions de leur auteur (art. 1122 C.C.) ; mais le contrat n'est pas encore formé, faute de concours de volonté. Or

(4) Valery, contrat par correspondance, p. 192 et suiv.
(5) Guillouard, vente, n° 14 — Laurent, XV, n° 478 — Larombière, art. 1101 n° 20 — Demolombe, XXIV n° 69 et suiv. — Vivante, droit commercial, n° 1535-1549.
(6) Duranton, XVI, n° 45 — Caen 27 avril 1812. S. 1812, II, 294. 294.

leur droit n'a pas encore pris naissance ; ils ne peuvent pas succéder à un droit qui n'a pas encore une existence juridique.

Mais au point de vue pratique ou pour mieux dire, au point de vue de l'équité, que décider lorsqu'un destinataire, ignorant la mort de l'offrant, a fait des dépenses quelconques ou qu'il a subi une perte, en manquant, par exemple, de vendre des marchandises dont le prix a baissé ? Que décider pour les héritiers de l'offrant qui, sachant l'affaire traitée par leur défunt avec ce tiers, « le destinataire », n'ont pas voulu le prévenir en temps utile, soit par négligence, soit de mauvaise foi ? Que décider si l'offrant a fixé un délai pour l'acceptation et si au cours de ce délai, il décède sans avoir reçu acceptation de la part du destinataire ? (7).

Si la pure logique juridique nous oblige d'écarter l'idée du contrat, faute de concours de volontés, il faut néanmoins protéger le destinataire en vertu des principes généraux du droit. Les héritiers devront une indemnité, uniquement par application de l'article 1382 du C.c. qui oblige celui qui a causé un dommage à le réparer. Elle ne dérivera pas du contrat qui n'a pas pu se former.

L'émission de la proposition contractuelle exige un acte de volonté spécial. Il ne suffit pas par conséquent

(7) Note. S'il y a une acceptation de la part du destinataire, le contrat est conclu par concours de volontés.

qu'on veuille la proposition, mais il faut encore qu'on veuille l'émettre (8).

En pratique cette question pourrait se présenter très aisément. On met par écrit la proposition et on laisse l'écrit sur le bureau de travail. Si un domestique ou un employé, par erreur, transmet cette proposition au destinataire, il n' a évidemment pas volonté d'émission. En ce cas, quelle sera la valeur de cette proposition ? L'exactitude de la thèse qui nie en ce cas toute valeur à la proposition ne fait pas l'ombre d'un doute.

La proposition est un acte de négociation qui doit être perçu par le destinataire. S'il n'y a pas la volonté de communication, il manque un des éléments essentiels de la proposition qui par ce fait n'a aucune efficacité.

Si, au point de vue abstrait et général, cette thèse nous paraît logique et juste, du côté pratique et concret on rencontre cependant de bien graves difficultés. Le destinataire se trouve en possession de la proposition écrite et signée par l'expéditeur ; comment ne pas prêter foi à un acte régulièrement rédigé et soussigné ? On peut, aussi, ajouter un argument spécial déduit de l'article 1322 C.C. en vertu duquel un acte écrit fait pleine foi en matière de négociation.

Cependant si on examine la question avec attention,

(8) Demoque, obligation, T. II, n° 540.
Bufnoir, Propriété et contrat, p. 465.

cet argument résultant de l'article 1322 C.c. n'a pas toute la valeur qu'il paraît posséder. L'acte écrit démontre la volonté d'une des parties relatives à la négociation qui est le contenu de l'écrit, mais ne peut pas démontrer la volonté de révéler cet écrit au destinataire ; condition nécessaire pour que la négociation soit juridiquement commencée.

Dans le cas où le destinataire est en possession de l'acte écrit, on peut admettre comme présomption la volonté de l'émission, puisque l'acte régulièrement écrit et signé est ensuite parvenu régulièrement à destination. Il est normal d'admettre qu'il a été émis régulièrement par son auteur (l'expéditeur) ; mais l'opposition de son auteur est également à prendre en considération.

En analysant, la question doit être posée ainsi. L'acte prouve par la force de la signature, qu'au moment où il a été signé, celui qui le signait avait exactement la même volonté que celle représentée par l'écrit. La possession de l'écrit prouve la phase extrême c'est-à-dire la réception. Mais tout cela ne prouve aucunement la volonté de l'émission. Si l'expéditeur conteste cette volonté, la partie qui affirme la déclaration de volonté devra prouver l'existence de la volonté au moment de l'émission, ce qui d'autre part est nié par l'expéditeur.

Indiscutablement beaucoup de circonstances sont en faveur du possesseur de l'écrit et le juge pourrait se prononcer pour la régularité de l'émission.

D'habitude, il s'agit d'une question de fait qu'on ne

peut résoudre qu'en connaissant parfaitement les circonstances spéciales qui ont entouré chaque cas.

La proposition contractuelle peut être expresse et peut être tacite. Cette distinction n'est pas énoncée dans une disosition spéciale de la loi, ni dans le Code français, ni à notre connaissance dans d'autres codes, sauf un seul, le Code suisse des obligations. Ce code se prononce ainsi article 1 : « Le contrat est parfait lorsque les parties ont réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Cette manifestation peut être expresse ou tacite ».

Le silence du législateur oblige la doctrine à rechercher si la distinction entre la proposition expresse et la proposition tacite peut ou non être acceptée. La chose n'est pas simple, parce qu'il faut avant tout rechercher sur quoi repose la différence entre la déclaration de volonté expresse et la déclaration de volonté tacite. Ensuite il faudra établir si la proposition contractuelle peut être faite sous forme tacite.

Les théories sur la différence entre les déclarations de volonté expresse et tacite sont innombrables. Les principales cependant autour desquelles se groupent les autres, avec de légères différences de contenu ou tout au moins d'expression, sont de deux : la thèse classique enseignée spécialement par Savigny (9) et la théorie nouvelle de Saleilles

(9) Savigny, des droits des obligations, traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, T. III, p. 254-260.

(10) Saleilles, de la déclaration de volonté, d'après le Code allemand, p. 156, n° 52.

La première distingue entre les deux formes de déclaration, suivant que d'après la manifestation la volonté est déduite directement ou indirectement, c'est-à-dire suivant que la forme de déclaration a pour contenu direct et immédiat l'expression de la volonté, ou que tout en ayant un autre contenu la volonté ne peut se déduire qu'indirectement.

Selon la deuxième théorie, celle de Saleilles, il y aura déclaration tacite si le procédé n'est pas de ceux qui, soit en vertu d'usages, soit en vertu des conventions entre les parties doivent servir normalement à la transmission, de telle sorte, que l'interprétation ne s'en déduira que par voie de conclusion seulement ; il y aura déclaration expresse au contraire, dès que le procédé sera de ceux qui servent de moyen d'expression normal ou conventionnel à l'égard de tiers, même si l'exécution ou l'emploi du procédé ne donne pas des résultats suffisamment clairs par eux-mêmes et que ceux-ci doivent être interprétés.

Au point de vue pratique la différence entre les deux théories est moins sensible qu'elle ne le paraît au premier coup d'œil.

En effet lorsqu'une déclaration est expresse dans le sens de Savigny, il faut entendre que l'agent aura, autant que possible employé pour exprimer directement sa volonté, des moyens communément en usage pour exprimer cette volonté, de façon qu'une autre personne en ait pu subir une perception exacte. Il en va de même pour la déclara-

tion tacite parce que si des paroles et moyens employés pour s'exprimer, indifféremment choisis, on ne peut déduire l'intention que d'une façon indirecte, ceci veut dire que ces paroles et moyens ne sont pas communément destinés à exprimer cette intention.

Cette considération sur les résultats pratiques de deux théories nous donne un argument pour apprécier la valeur juridique de l'une vis-à-vis de l'autre.

La théorie nouvelle prend indiscutablement son origine dans la théorie classique, mais elle marque un remarquable progrès.

La théorie classique distingue la déclaration tacite et la déclaration expresse du fait que la volonté peut être déduite de façon indirecte ou directe dans le mode de transmission, mais d'autre part, elle ne cherche pas à établir les raisons de cette diversité. La théorie nouvelle, au contraire, remonte aux causes, établit que l'indication directe ou indirecte de la volonté est déterminée par la nature de la transmission, et distingue les deux catégories de déclaration par la nature du moyen de transmission.

La théorie classique contient, donc, comme élément substantiel, le principe que l'autre théorie pose nettement comme élément de distinction.

La théorie nouvelle est, à notre avis, supérieure à la première, car elle est plus nette et nous nous empressons d'y adhérer.

Nous venons d'étudier la distinction entre la déclara-

tion de volonté expresse et la déclaration de volonté tacite ; il nous reste à examiner si le droit français admet la proposition contractuelle tacite.

On a soutenu qu'un acte de négociation qui veut être perçu ne peut être fait sous forme tacite, parce que l'élément primordial de l'acte de négociaiton est la formule extérieure qui a pour objet de notifier à une personne déterminée le contenu d'une volonté, tandis que le caractère typique de la déclaration tacite est l'existence d'actes extérieurs destinés, par la volonté de leur auteur, à toute autre chose que de faire connaître sa véritable intention (11).

Cette argumentation est inexacte. En effet on ne peut pas exclure, comme Barassi l'observe lui-même, les actes purement exécutifs qui peuvent avoir des formes destinées par l'auteur à manifester une volonté déterminée. On ne peut pas non plus nier qu'au lieu d'exprimer une volonté par voie directe et normale, on peut la manifester par d'autres procédés, en se basant sur les usages commerciaux et les moyens habituels dans les rapports avec l'autre partie. A vrai dire, l'élément caractéristique dans les négociations qui veulent être perçues, c'est la direction que l'auteur donne à sa déclaration pour qu'elle parvienne à la personne à laquelle elle est destinée. Cette direction peut faire défaut dans la déclaration expresse comme elle peut exister dans la déclaration tacite.

(11) Barassi, édition italienne, p. 184.

Après avoir établi d'une part la différenciation de la déclaration tacite et de la déclaration expresse et précisé d'autre part la possibilité de propositions contractuelles sous forme tacite, il nous faudra observer quels sont en pratique les cas de propositions contractuelles expresses et ceux de propositions contractuelles tacites (12).

Les cas de propositions contractuelles expresses sont ceux de propositions faites par lettre, par télégramme, par téléphone, par signes, et en général, par tous les moyens employés normalement pour transmettre les manifestations de volonté.

Ainsi nous considérons comme proposition expresse l'exposition, dans une vitrine ou un étalage, d'une certaine marchandise avec l'indication du prix ; parce que la volonté du négociant ou marchand de vendre cette marchandise à ce prix déterminé, est manifestée par un moyen normal connu comme apte à manifester cette volonté.

Le rayon des propositions, tacite, si nous partons du point de vue récent (Saleilles) est très restreint. Est une proposition tacite, celle du locataire, qui à terme échu de la location, continue à jouir de la maison ou de l'appartement. En ce cas, on sait très bien que si le propriétaire ne s'y oppose pas, le contrat de location est tenu pour renouvelé tacitement, et le locataire ne peut être privé de

(12) Vivante, droit commercial, IV, p. 25 — Planiol, droit civil, p. 305 — Lyon, Caen et Renault, p. 427 — Pollock, principles of contracts, p. 11.

la jouissance qu'après un congé signifié dans le délai d'usage (art. 1759 du C.C.).

La volonté du locataire ayant pour but la continuation du contrat n'est pas exprimée par un moyen normalement employé pour transmettre cette volonté, mais elle se manifeste par un fait d'une manifestation d'intention devant cependant être interprétée par l'autre partie.

CHAPITRE II

L'ACCEPTATION

Comme nous l'avons vu plus haut, l'acceptation est le deuxième terme du contrat. Une offre non acceptée ne produit aucun effet juridique et elle reste inopérante.

L'acceptation est la déclaration, faite par le destinataire de l'offre, et adressée au pollicitant, que le destinataire veut conclure le contrat selon les termes de la proposition.

L'acceptation doit être conforme aux termes de l'offre. Toute modification à ces termes empêche le contrat de se former. Il en serait de même si l'acceptant accompagnait son acceptation de conditions ou clauses non prévues dans l'offre. Une acceptation de ce genre constitue en réalité une contre-proposition qui doit être à son tour acceptée par le pollicitant (1).

(1) Valéry, contrats par correspondance, n° 104.
Guillouard, vente, n° 13.
Lyon, Caen, p. 428.
Jenks — digeste de droit anglais art. 197, p. 62, qui déclare : « L'acceptation qui ne correspond pas aux termes de l'offre est inopérante. Si le bénéficiaire d'une offre manifeste l'intention d'accepter sous réserve de certaines

Pour que le contrat se forme, l'acceptation doit être nette et catégorique. Une acceptation vague serait insuffisante pour former le contrat.

Enfin l'adhésion du correspondant ne peut valablement intervenir qu'autant que l'offre est encore subsistante. Si celle-ci a été révoquée, le concours des volontés ne peut plus se former.

En général, une manifestation de volonté se produit sous une forme expresse, c'est-à-dire qu'elle est formulée soit en paroles, soit par écrit « lettre missive, dépêche ». Quant à la manifestation tacite, proprement dite, celle qui n'est ni parlée ni écrite, elle dérive de gestes ou d'actes extérieurs volontaires qui ne peuvent s'expliquer que par la présomption d'une volonté arrêtée dans le sens de l'acte extérieur chez celui qui en est l'auteur.

Peut-on considérer le simple silence gardé par le destinataire de l'offre comme équivalent à une acceptation ?

Dans une telle question, le mot « silence » comprend le silence des paroles et des faits, c'est-à-dire l'inaction, de sorte que la question peut se poser de la façon suivante : celui qui reçoit une proposition peut-il dans certains cas rester obligé contractuellement bien qu'il ne dise et ne

conditions, additions, restrictions, ou modifications, son acceptation (apparente) compte comme refus de l'offre primitive, et constitue une offre nouvelle. Une acceptation « apparente » faite après qu'une offre est devenue caduque ou après qu'elle a été révoquée compte « vraisemblablement » comme une offre nouvelle ».

fasse rien ? Faut-il, en d'autres termes, admettre comme principe juridique l'adage populaire : « Qui ne dit mot consent » (2).

En principe il faut répondre par la négative, car dans le monde juridique, le silence à lui seul ne peut être interprété comme une acceptation. L'offrant ne peut constituer tout seul son droit et se faire arbitre de la volonté d'autrui. Celui qui a reçu des marchandises n'est pas obligé de faire les frais pour les réexpédier ni pour les garder. Si l'on accueillait l'opinion contraire, la position de celui qui reçoit des marchandises, par exemple, deviendrait embarrassante parce qu'il aurait le fardeau de prouver qu'il les a renvoyées lorsque l'offrant nierait les avoir reçues après leur réexpédition.

Sur ce point la jurisprudence est d'accord avec la doctrine. Plusieurs décisions affirment, qu'en droit le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire à lui seul et en l'absence de toute autre circonstance à faire preuve contre lui de l'obligation alléguée (3).

La jurisprudence est allée même plus loin, en admettant que le fait de se laisser délivrer la marchandise à domicile ou de la garder longtemps ne vaut pas accepta-

(2) Masse, dr. comm. T. III, n° 1453 — Guillouard, vente, n° 17 — Lyon Caen, p. 428 — Pardessus, dr. comm. I, n° 253 — Delamarre, II, n° 55 et suivants — Vivante, droit commercial, IV, p. 46-54.

(3) Cass. civil 25 mars 1870, S. 1870, 1, 341.
Toulouse, 11 juillet 1881, S. 1883, 2, 8.

tion (4). Il en est ainsi pour les éditeurs de journaux qui ont envoyé un journal qui n'a pas été refusé et prétendent qu'il y a abonnement. Il en est même ainsi lorsque la bande du journal porte que la réception vaudra abonnement.

En conséquence, ces décisions admettent que le destinataire n'est pas tenu de réexpédier la marchandise ; toutefois on a jugé qu'il y avait bien lieu à une légère indemnité pour avoir profité de l'abonnement. Cela est assez raisonnable car on peut sans doute imposer à quelqu'un la peine légère de refuser le journal qui lui est adressé quand il est présenté par la poste. Dans la vie sociale, on n'est pas pleinement indépendant. On peut se voir imposer des obligations minimes comme celle-ci.

Dans le même ordre d'idées, l'assistance réciproque et la bonne foi obligent le négociant à répondre à une proposition qu'il reçoit.

En effet la vie sociale dépend en grande partie de la confiance qui règne et de la rapidité des transactions, surtout entre commerçants. Par suite, celui qui reçoit une offre et ne répond pas, laisse le pollicitant dans l'incertitude et dans la croyance que son offre est acceptée. C'est à l'offrant qu'il incombe d'établir le concours de volontés, de jusitfier sa manière de voir en invoquant des circonstances ou des faits matériels qui prouvent le consentement de

(4) Toulouse, 11 juin 1881. D. 1882, 2, 206.
Marseille, 13 juillet, 1900. Rec. mars 1900, 1, 323.

l'autre partie. S'il échoue dans son essai de fournir cette preuve, il aura le droit de réclamer une indemnité s'il a subi un préjudice, en vertu de l'article 1382 C.C., mais il ne pourra jamais exiger la conclusion du contrat qui n'a pas pu se former.

Nous disons que le silence à lui seul ne pourrait pas être interprété comme acceptation, cependant il y a lieu d'apporter quelques tempéraments à cette opinion et de permettre parfois au pollicitant d'induire du silence gardé par le destinataire une adhésion au contrat (5).

Citons l'exemple du preneur d'un immeuble loué qui après l'expiration du bail, fait une offre tacite en vue du renouvellement du contrat de location : le bailleur qui acquiesce implicitement par son silence à cette offre se trouve engagé dans un nouveau contrat aux mêmes conditions que celles de l'ancien (voir l'article 1759 C.C.).

Voilà donc une hypothèse où le silence est réellement créateur d'obligation. Mais ce n'est pas la seule. Dans bien d'autres cas, la jurisprudence et la doctrine voient, d'après les circonstances relatives aux parties ou à la nature du conratt, une preuve d'assentiment dans le silence.

C'est ainsi que, malgré le silence, on a jugé qu'il y a convention si la convention proposée est uniquement favorable au destinataire, comme une proposition de remise de

(5) L'art. 1817 du Code civil Lousaine admet que « le silence ou l'inaction sont, dans certaines circonstances, des moyens de manifester un consentement qui crée une obligation ».

dette, de gage, de cautionnement en faveur du destinataire. On va même jusqu'à dire que le fait de recevoir d'un gérant d'affaires les sommes recueillies par l'effet de sa gestion emporte acceptation de la continuation de celle-ci (6).

L'existence entre les parties de relations d'affaires ou de rapports juridiques est une circonstance qui autorise aussi, dans bien des cas, l'interprétation du silence comme une adhésion tacite, notamment lorsqu'il y a eu convention verbale et commencement d'exécution (7).

En matière commerciale, on a jugé que le silence vaut acceptation entre commerçants en rapports d'affaires habituels (8).

De même on doit décider que le silence vaut acceptation si on a provoqué l'offre. L'existence de pourparlers en cours impose l'obligation de répondre car lorsque deux personnes entrent en correspondance pour une affaire déterminée, elles s'obligent par cela même à faire tout ce qui est nécessaire pour sa conclusion (9).

(6) Cass. civil, 12 mars 1889. G. Pal. 1889, 2, 291.

(7) Trib. comm. de Nantes, 19 mai 1908 D 1908, 2, 313 — Valery p. 95 — Demolombe XXIV, n° 58 — Lyon-Caen, p. 428 — Guillouard, vente, 17.

(8) Ch. Aix, 13 août 1873 D 1877, 5, 456 à propos de commandes entre commerçants.

(9) Valéry, contrats par correspondance, p. 95 — Ch. Req. 18 octobre 1909 D 1910, 1, 207 (solution implicite) — Contrà Rapp. cass. civil 25 mai 1870 S 1870, 1, 341, qui déclare « ce qui est seulement vrai ce que l'état de pourparlers engagés oblige à répondre et qu'il est plus fréquent en matières commerciales ».

Concluons donc : la jurisprudence considère donc que l'acceptation peut résulter des circonstances dont l'offrant n'a pas nécessairement connaissance, mais dont l'autre partie du moins a souvent connaissance. On considère que le destinataire de l'offre a souvent agi en conséquence de l'acceptation tacite de cette offre et que cette action faite en toute sécurité par l'acceptant doit être protégée par le mécanisme technique du contrat.

Dans un sens plus général, la jurisprudence s'inspire de cette idée qu'il faut imposer pratiquement ce que l'on fait d'ordinaire. Or dans la vie des affaires, on répond aux lettres des personnes que l'on connaît et aux lettres concernant des pourparlers déjà engagés. En ne le faisant pas, on déroge à l'usage, on accepte donc la proposition.

CHAPITRE III

DU MOMENT ET DU LIEU OU SE FORME LE CONTRAT PAR CORRESPONDANCE

Dans le contrat entre présents, l'acceptation, dès qu'elle s'est manifestée, est immédiatement connue du proposant. Le concours de volontés se réalise dès lors et le contrat devient parfait.

Dans le contrat entre absents, il y a au contraire un intervalle entre l'acceptation et l'arrivée de cette acceptation à la connaissance du proposant. D'où une question très importante, celle de savoir si le contrat devient parfait au moment de la manifestation de l'acceptation ou, au contraire, au moment de l'arrivée de cette acceptation à la connaissance du proposant.

De cette question dérive une autre question, celle du lieu de naissance de la convention. Ce sera, soit l'endroit où l'acceptation est manifestée, soit l'endroit où l'auteur de la proposition l'a reçue, suivant l'opinion que l'on adopte relativement au moment de la perfection du contrat.

SECTION I

Importance pratique de la détermination du moment de la formation du contrat

1. Dès que le contrat existe, il devient définitif, de sorte que les contractants ne peuvent plus par leur volonté isolée empêcher sa formation ni ses effets juridiques. La révocation de l'offre ou de l'acceptation, l'incapacité, ou le décès d'une des parties qui sont susceptibles d'interrompre les préliminaires du contrat, n'auront aucun effet après la formation définitive du contrat (art. 1134 C.C.) (1).

2. A partir du moment de sa formation définitive, le contrat produit tous ses effets juridiques. Ainsi, dans la vente par correspondance la propriété de la chose vendue, sauf stipulation contraire, passe à l'acheteur, et dès cet instant les risques sont désormais à sa charge (art. 1138 et 1583 C.C.) (2).

3. Cette question présente également une grande importance chaque fois que le moment de la formation du contrat doit être le point de départ d'un délai prévu par la loi. Tel est notamment le cas pour le délai de la prescription libératoire (C.C. 2262), ou pour celui pendant lequel peut être demandée la rescision d'un contrat de vente im-

(1) Cass. 16 juin 1901 S. 1904-1-283 — D 1901-1-501.
(2) Cass. 21 juillet 1908 Gaz. trib. 1909 1 sem. 139. — Demoque, obligation, II, p. 215.

mobilière pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (C.C. 1676).

4. Lorsqu'un créancier veut attaquer, en vertu de l'article 1167 C.C., un acte passé par son débiteur, il doit prouver d'une part que sa créance est antérieure à l'acte, d'autre part que l'acte a augmenté l'insolvabilité de son débiteur. Le moment de la formation du contrat sera le point principal sur lequel le juge devra porter son examen pour décider de l'antériorité de la créance par rapport au contrat.

5. Dans les faillites également et dans les liquidations judiciaires, la question de savoir à quel moment un contrat par corresondance a pris naissance se pose chaque fois qu'il s'agit de déterminer si le jour de sa formation est antérieur ou postérieur au dixième jour précédant l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des payements (C.Comm. 446). Tel contrat passé par le failli pourra être déclaré nul ou annulable, ou bien au contraire, reconnu inattaquable, selon que le tribunal saisi de l'affaire aura admis quant à la difficulté qui lui est soumise l'une ou l'autre des solutions proposées par les divers auteurs (3).

---

(3) Demoque, obligation, II, page 215.

SECTION II

Importance de la détermination du lieu où le contrat prend naissance

A. Cette question revêt une importance particulière en droit commercial français, par suite de la dérogation apportée aux principes généraux en matière de compétence par le deuxième alinéa de l'article 420 du Code de Procédure. En vertu de ce texte, dans les affaires commerciales, le défendeur, au lieu d'être nécessairement assigné devant le tribunal de son domicile, peut être traduit devant celui du lieu où « la promesse a été faite et la marchandise livrée ».

Pour bien comprendre ce texte, il faut savoir dans quel lieu la promesse a été faite ou dans d'autres termes dans quel lieu la convention a été conclue (4).

Il est généralement admis en pratique que, dans un marché par correspondance, le lieu de la promesse doit s'entendre du lieu où la lettre d'acceptation est parvenue à celui qui a fait l'offre et non du lieu d'où elle est partie (5).

A ce propos, il convient d'indiquer la solution de la

(4) Bedarride, de la juridiction commerciale, n° 157.
(5) Orléans, 23 janvier 1886 Gaz. Pal, 1886-1-578.
Nîmes, 15 juin 1900 D, 1901-2-415.
Nîmes, 4 mars 1908, D, 1908-2-248.
Nîmes, 4 mars 1911, Gaz. Trib., 18 oct. 1911.

cour de cassation. La cour suprême décide qu'il appartient au juge du fond de déterminer, d'après les circonstances de la cause, le lieu dans lequel le contrat est devenu parfait. Dans les conventions par correspondance, dit la Cour, la fixation du moment où la promesse est devenue obligatoire, est une question de fait plus que de droit, en ce sens que la solution de cette question peut varier selon les circonstances particulières de chaque espèce, de telle sorte que le juge du fond est nécessairement investi en cette matière d'un pouvoir très étendu d'appréciation (6).

La Cour, affirmant donc que cette question est une question de fait, a confirmé par voie de conséquence les décisions des cours d'appel qui tenaient compte du lieu de la réception de l'acceptation.

En réalité, il nous semble que la jurisprudence des cours d'appel aurait pu profiter de la liberté d'appréciation que lui laissait la cour de cassation pour adopter la solution logique et pratique (7).

(6) Cass. 6 août 1867 S 1867-1-400 — D 1868-1-35.
1 décembre 1875 D 1877-1-450.
13 mars 1878 S 1878-1-312.
30 mars 1881 D 81-1-359.
Cass. civil 16 novembre 1910 S 1912-1-461.
Voir Huc VII n° 18 Garsonnet 3e éd. I n° 577.

(7) Voir Valéry, contrats par correspondance, p. 195, qui considère la question comme une question de pur droit. Il reproche à la cour suprême de ne pas remplir la mission pour laquelle le législateur l'a instituée, lorsqu'elle s'abstient de maintenir l'unité de la jurisprudence et de résoudre par une décision ferme une question juridique aussi importante.

Faut-il réserver le cas où l'essentiel des pourparlers a eu lieu à un endroit déterminé et où l'acceptation finale a été remise à l'offrant par lettre qu'il a reçue au cours d'un voyage ? On ne peut évidemment tenir grand compte de ce que le voyageur a reçu sa lettre dans telle ou telle localité où il était de passage ; et il faut s'attacher au lieu où l'offrant se trouvait d'habitude à cette époque.

B. Il y a cependant un cas où il peut être nécessaire de fixer un lieu unique de formation du contrat. C'est au point de vue du conflit des lois, pour savoir si un contrat a été passé dans tel pays ou dans tel autre.

Pour comprendre la difficulté qu'elle soulève, prenons un exemple pratique. Supposons qu'un commerçant français qui habite Paris écrive à un commerçant autrichien habitant Vienne et lui fasse une offre. Le lieu de formation du contrat est-il Paris ou Vienne ?

Des auteurs disent que le contrat doit être régi par la loi du lieu où il doit être exécuté (8).

Cette théorie se heurte à des objections graves car elle est inapplicable. En effet, tantôt le contrat n'aura pas indiqué le lieu d'exécution, tantôt, lorsqu'il s'agit d'un contrat commutatif, chacune des parties devra exécuter dans un pays différent les obligations qui lui incombent.

Pour éviter ces objections on a dit que le contrat doit être régi par la loi du pays de l'offrant (9). C'est ce der-

(8) Story, commentaries of the conflits of laws, n° 280.
(9) Survilles et Arthury, 3e éd. p. 252. C'est aussi la solution

nier qui joue le rôle prépondérant dans le contrat. L'intention de l'acceptant consiste dans un acquiescement absolu à l'offre, dans l'esprit où elle lui a été faite. L'acceptant veut en un mot ce qu'a voulu le pollicitant. Nous sommes donc autorisé à dire que cet acceptant, ne faisant pas de réserve, se soumet par là-même implicitement à la loi du pays de l'offrant.

Cette théorie a été encore critiquée par les auteurs. Il est peu logique, remarquent-ils, de dire que l'acceptant, en adhérant à une offre qui lui est faite, entend que le contrat soit régi par la loi du pays de l'offrant. Il sera beaucoup plus logique d'admettre que l'acceptant, avant de consentir à cette offre, a consulté sa loi nationale, la seule qui est véritablement à sa portée, et qu'il a apprécié d'après elle, les conditions qui lui sont proposées. Pourquoi l'offrant aurait-il exigé tacitement que le contrat fût gouverné par sa loi naitonale ? Il y a une présomption encore plus naturelle ; c'est que cette partie a entendu adopter la loi la plus favorable à ses intérêts. Prenons un exemple pratique, celui rapporté par Valéry qui combat vivement cette théorie (10) :

« Durand après avoir écrit qu'il acceptait l'offre de « Farina, lui télégraphie, avant l'arrivée de la lettre, pour « rétracter son acceptation. Farina prétend que cette rétrac-

de la jurisprudence belge et de la jurisprudence italienne. Voir Clunet. Journal de dr. intern. privé VIII, p. 476.

(10) Valéry. Contrats par correspondance, p. 366.

« tation est inefficace parce que d'après les usages de Mar-
« seille, le contrat est devenu définitif par l'envoi de la
« lettre d'acceptation. Durand invoque, au contraire, le
« système de MM. Surville et Arthuys et soutient que
« Farina doit être réputé avoir placé le contrat sous l'ap-
« plication de la loi italienne. Des deux présomptions dont
« les adversaires prétendent ainsi se prévaloir, y en a-t-il
« une qui doive l'emporter sur l'autre ? La question ainsi
« présentée ne me paraît pas susceptible d'une solution
« satisfaisante ; c'est un motif de plus pour repousser la
« théorie que je viens de combattre ».

Tenant compte d'inconvénients pratiques la théorie que nous venons d'examiner, d'autres auteurs adoptent la solution inverse en disant que le contrat doit être régi par la loi du pays de l'acceptant (11).

Les arguments que nous avons invoqués en combattant la théorie précédente peuvent servir aussi pour repousser cette théorie contraire.

Si l'on admet fictivement que l'offrant en transmettant sa proposition à l'acceptant, est censé se transporter auprès de lui, on doit aussi admettre que l'acceptant en transmettant son acceptation à l'offrant, est censé se transporter à son tour auprès de lui.

(11) Audinet, dr. inter. privé, 2e éd., p. 289 n° 379 et 380 — Lyon Caen, dr. comm. p. 428 — Aubry et Rau, IV, p. 294. C'est aussi la thèse du code allemand art. 151 et du code fédéral suisse, art. 8.

Lorsqu'un contrat s'est formé par correspondance, rien ne prouve que les parties aient eu l'intention de soumettre leur convention à la loi d'une d'entre elles. Chacune d'elles, avant d'adhérer au contrat, a consulté les dispositions de la loi de son pays.

Nous estimons que le tribunal appelé à déterminer dans quel lieu s'est formé un contrat par correspondance, si la convention est muette sur ce point, ne doit consulter que la loi dont il est l'interprète ou l'esprit de cette loi. Il doit donc juger uniquement d'après la Lex Fori, car, comme l'écrit M. Asser : « Tout revient ici à la question de savoir en quel lieu le contrat est parfait, et cette question appartient au Droit intérieur » (12).

Donc le tribunal français appelé à trancher un tel litige doit appliquer l'heureuse formule de la cour suprême. Il tranche la question suivant les cas d'espèce car c'est une question de fait qui varie suivant les circonstances de l'affaire.

Or si un correspondant a une résidence dans un lieu et que l'autre lui écrive étant en voyage, d'un hôtel, où il est de passage, le contrat a plus de rapport avec le premier pays et s'ils y ont tous les deux une résidence, il faudra considérer la plus stable (13).

(12) Asser, éléments de dr. inter. privé (traduit par Rivier) p. 76.

(13) Hindenburg, avocat à la cour suprême de Danemark, « contrat par correspondance). Revue de dr. inter. privé, p. 263-285. — Voir Weiss, en faveur du lieu de l'émission, dr.

Malgré l'équité et la subtilité de ce système, il offre un inconvénient sérieux. Le différend pourra être porté à la fois devant les tribunaux de deux pays, de celui où réside le proposant, et de celui où réside l'acceptant. Ces deux tribunaux pourront rendre des décisions contradictoires et ce sera un conflit insoluble, puisqu'il n'existe pas une cour de cassation internationale.

Le seul remède, comme l'a bien remarqué M. Valéry, pour éviter ces décisions divergentes et contradictoires, serait, soit de régler la question par des traités, soit d'établir sur ce point dans les législations de tous les états civilisés des règles uniformes, débattues au préalable dans des congrès internationaux (14). En attendant il nous semble qu'il faut prendre ses précautions d'avance lorsque l'on contracte avec un étranger. Il faut avoir recours à des clauses spéciales, ou bien il faut, dans la correspondance, prendre la précaution de dire : la loi qui va régir notre négociation d'aujourd'hui sera la loi française ou une autre. Il faut le stipuler ; il est inutile de laisser venir les procès.

C. La territorialité des lois, c'est-à-dire le principe que la loi doit régir tous les habitants résidant dans un pays, abstraction faite des questions de statut personnel,

inter. privé, 2e édit. IV, p. 370. — Voir notre système sur la formation du contrat, chapitre II section III, duquel on déduit que le contrat se forme sur le territoire duquel l'acceptation est arrivée à la connaissance de l'offrant. Voir aussi, p. 56.

(14) Valéry, contrats par correspondance, p. 379.

est un principe reconnu dans tous les pays entièrement indépendants. Ce principe vital est méconnu en Orient. Prenons l'Egypte comme exemple.

Cela est dû à deux raisons :

1. Les capitulations ont fait une distinction entre les affaires purement égyptiennes, les affaires purement étrangères, et les affaires mixtes.

2. La différence de régime établi pour ce qui concerne les personnes et pour ce qui concerne les biens, a fait instituer deux sortes de tribunaux différents, les uns pour les affaires qui se rapportent à la personne, les autres pour les affaires relatives aux biens.

Il en résulte qu'il existe quatre espèces de tribunaux, si on groupe tous les tribunaux compétents pour trancher les litiges concernant la personne en une seule catégorie :

a) Les tribunaux indigènes, compétents pour trancher les litiges mobiliers et immobiliers qui naissent soit entre indigènes, soit entre indigènes et étrangers ne jouissant pas de privilèges en Egypte.

b) Les tribunaux mixtes, compétents pour les affaires mobilières et immobilières qui naissent, soit entre les indigènes et les étrangers bénéficiant de privilèges, soit entre les étrangers de nationalités différentes.

c) Les tribunaux consulaires, véritables tribunaux étrangers qui tranchent tous les litiges survenus entre les étrangers de même nationalité, à l'exception des litiges immo-

biliers. Le but de cette exception est d'unifier la législation foncière du pays (15).

d) El Mahkameh et les autres tribunaux comme El Maglis El Hazbi et autres institutions de statut personnel, pourvus d'une organisation spéciale, d'origine religieuse, compétents pour tous les litiges qui s'attachent à la personne (16).

On n'a pas besoin de souligner la défectuosité de cette complexité de juridiction qui paralyse la justice, entraîne la contradiction des jugements, diminue la confiance du justiciable et affaiblit le pouvoir administratif et législatif du gouvernement.

La diversité de tribunaux et le régime des capitulations ne conviennent pas à un pays entièrement indépendant. Supportons cette situation et attendons le jour où des lois fondamentales et organiques viendront remplacer d'une manière efficace les garanties que nous demandent les étrangers. On pourra espérer, alors, une unification judiciaire (17).

On a voulu montrer par ce bref exposé de la juridic-

(15) Bahi El Din Barakat. Privilèges des étrangers en Egypte (thèse), p. 247 et suivantes.
Desserteau et Abdel Fatah Bey, n° 68, p. 65.
Abu Heif Bey, édit arabe, voies d'exécution, n° 113. p. 129.

(16) Zeid Bey, compétence de tribunaux religieux en Egypte, édition arabe, p. 125 et suivantes.

(17) Voir El Ahramme, journal égyptien, 18 mars 1921, et les articles de Abdel Aziz Pacha Fahmi, actuellement Président de la cour d'appel.

tion égyptienne, combien il est injuste pour un indigène traitant une affaire, soit civile, soit commerciale, avec un étranger, d'être jugé par un tribunal dont la majorité des juges sont étrangers à sa nation, à sa mentalité. Le principe suivant lequel chacun doit être jugé par ses juges naturels, ce principe qui est l'âme de toutes les constitutions modernes, est méconnu en Egypte.

Laissons de côté toutes les institutions personnelles, puisqu'elles sortent du domaine de notre étude, et prenons les tribunaux mixtes comme exemple pour montrer leur point de vue quant à la compétence en ce qui concerne le contrat par correspondance.

Il faut distinguer deux cas :

a) Le contrat est passé entre deux étrangers de même nationalité. En principe ce litige sort de la compétence des tribunaux mixtes pour entrer dans la compétence consulaire ; mais l'article 9 des règlements d'organisation judiciaire prévoit une extension de la compétence des tribunaux mixtes. Ces tribunaux connaîtront les actions réelles immobilières entre indigènes et étrangers ou entre étrangers de même nationalité. Ceci revient à dire que les tribunaux de la réforme ont compétence pour examiner les questions immobilières à l'exclusion des tribunaux consulaires. Le but poursuivi est d'unifier la législation foncière du pays (18).

(18) Voir Desserteaux et Abdel Fatah Bey, n° 68, p. 65.

La jurisprudence mixte a édifié aussi une théorie curieuse, mais d'ailleurs très logique, pour étendre sa juridiction au détriment des juridictions consulaires et indigènes. Cette théorie s'appelle la théorie mixte, elle peut être résumée ainsi : la compétence pourrait résulter non seulement de la nationalité des parties, mais aussi de l'intérêt en cause. Or les tribunaux mixtes se déclarent compétents dans tous les cas où il existe un litige entre deux parties de la même nationalité, mais lorsqu'un tiers d'une nationalité différente a un intérêt éventuel en cause (19).

On conclut de ces explications que tout contrat, soit entre présents, soit entre absents, passé entre deux étrangers de même nationalité, à l'exclusion des exceptions mentionnées, sera examiné en cas de contestation par les tribunaux consulaires jugeant évidemment d'après leurs lois territoriales.

C'est encore une défectuosité patente et une injustice évidente du régime des capitulations, surtout quand un contrat s'est formé et doit être exécuté en Egypte. Juridiquement le contrat doit suivre toutes les formes intrinsèques et extrinsèques du pays dans lequel il est formé et exécuté. C'est donc un déni de justice intolérable.

B. S'il s'agit d'un contrat passé entre deux étrangers

(19) Desserteaux et Abdel Fatah, p. 67 et suiv. — Bahi El Din, privilèges des étrangers en Egypte (thèse), p. 255 et suiv. Voir les cas extensifs et restrictifs de compétence mixte en Desserteaux, p. 70 et suiv.

de nationalités différentes ou entre un indigène et un étranger (20), les tribunaux mixtes sont compétents.

En matière civile, si l'action est personnelle et mobilière, elle doit être portée devant le tribunal du domicile du défenseur (21).

Cette règle se justifie, car le défendeur est présumé provisoirement avoir le bon droit pour lui ; il est donc naturel que la loi désigne pour connaître du litige le tribunal devant lequel il peut le plus commodément présenter sa défense. D'un autre côté, les dettes sont quérables et ne sont pas portables, c'est-à-dire que le débiteur n'est pas obligé de porter l'objet de sa dette au créancier, sauf convention contraire (22).

En matière commerciale, le demandeur peut assigner le défendeur devant le tribunal dans le ressort duquel ce dernier est domicilié, mais le demandeur, à son choix, peut saisir d'autres tribunaux :

1°) Celui dans le ressort duquel le défendeur doit exécuter son obligation. C'est ainsi que la stipulation que le paiement doit avoir lieu au moyen d'un recouvrement par la poste d'un mandat postal tiré par le vendeur déter-

(20) Voir la différence entre le terme « indigène » et le terme « étranger » et la difficulté soulevée par l'interprétation de ces deux termes en Desserteau et Abdel Fatah Bey, n° 62, p. 58 et suiv.

(21) Sur la notion du domicile, voir Dessertaux et Abdel Fatah Bey, p. 202 — Abu Heif 431 n° 581 et suivants.

(22) Garssonet, Précis de Procédure, n° 223.

mine la compétence du tribunal dans le ressort duquel se trouve le bureau postal chargé du recouvrement (23).

Or, la juridiction mixte est compétente lorsqu'il s'agit d'un contrat par correspondance à exécuter sur le territoire égyptien. Par conséquent l'étranger qui a quitté l'Egypte peut être cité devant les tribunaux mixtes, pour obligations dérivant de contrats devant être exécutés dans le pays soit de plein droit, soit par convention, ou bien qui en fait s'y sont exécutés (24).

Le tribunal mixte par une interprétation large de l'article 14 C. civ. m., s'est déclaré compétent, non seulement à l'égard de l'étranger qui était autrefois domicilié dans le pays et qui l'a quitté, mais aussi à l'égard de ceux qui n'ont jamais habité le pays, pourvu que le litige dérive d'un contrat, devant être exécuté dans le pays (25).

2°) Le demandeur peut assigner le défendeur devant le tribunal dans le ressort duquel « la promesse a été faite et la marchandise livrée ».

On a déjà rencontré cette formule dans l'article 420 du Code de Procédure Français.

Pour que cette formule soit appliquée, le tribunal mixte exige la réunion de deux conditions. D'une part, il faut qu'il ait eu dans le ressort du tribunal une livraison

(23) 18 mai 1899, Bulletin XI de juridiction mixte, 244 — 2 mai 1901 XIII 280 — Desserteau, p. 123 — Abu-Heif Bey, p. 449 n° 615.

(24) 16 juin, Bulletin 1889-1-381 — 21 avril 1898 B X 257.

(25) Bulletin de juridiction mixte 1898-1908 31 mai 1899 XI 253.

en vertu du contrat, d'autre part que le lieu du contrat se trouve dans ce ressort (26).

La jurisprudence du tribunal mixte comme la jurisprudence française est hésitante en ce qui concerne la question délicate de la détermination du lieu de formation du contrat par correspondance.

Elle n'a pas osé se fixer dans un des systèmes soutenus par la doctrine française pour fixer le lieu de formation du contrat. Mais d'une façon générale, elle a adopté la formule heureuse de la cour de cassation française en décidant que la question est une question de fait et en laissant aux trabunaux le pouvoir d'appréciation des cas d'espèces (27).

3°) Le demandeur peut assigner le défendeur devant le tribunal d'Alexandrie, dans le cas où le défendeur n'a ni domicile, ni résidence connue en Egypte et quand le litige est commercial. Si le législateur dans l'article 35 C. de procédure mixte, a donné compétence au tribunal d'Alexandrie, c'est à raison du fait que ce tribunal est le plus important et aussi parce qu'il est au siège de la cour d'appel (18).

---

(26) Desserteaux, p. 123 — Abu Heif Bey, p. 450.
(27) Bulletin 2 décembre 1915 XXVIII 43 — 7 juin 1916 XXVIII 414.
(28) Abu Heif, p. 451 — Magmouha, Edit arabe, 29 mai 1901. Bulletin mixte XIII, p. 334.
Mai 1906, Bulletin mixte, XVIII, p. 247.
Abu Heif Bey, dr. inter. privé, édit arabe, n° 341.

Section III

Systèmes soutenus pour fixer le moment et le lieu de la formation du contrat par correspondance

On a déjà démontré l'intérêt pratique que présente la fixation du moment dans lequel se forme le contrat par correspondance.

Au sujet de la formation du contrat par correspondance, de nombreuses théories ont été développées que nous allons exposer. Les deux premières (système de la déclaration et système de l'émission) admettent que le contrat se forme avant l'arrivée de la lettre d'acceptation. Les deux autres décident, au contraire, que le contrat se forme lors de l'arrivée de l'acceptation (système de la réception et système de l'information).

Suivant les deux premières théories, une fois l'acceptation exprimée, l'auteur de l'offre n'a plus le droit de se rétracter ; dans l'autre opinion, au contraire, il conserve ce droit jusqu'à ce qu'il ait reçu connaissance de l'acceptation, réserve faite de la question des dommages-intérêts.

La question se pose uniquement dans le cas où l'offrant n'a pas pris la précaution de déterminer le moment de la formation du contrat. Si, par exemple, l'offrant a déclaré qu'il tiendrait le contrat pour conclu soit au moment de la remise de la lettre d'acceptation, soit au moment de l'arrivée de la lettre à sa connaissance, aucun doute n'est possible quant à la formation du contrat.

A. D'après le système de la déclaration le contrat existe le jour où la personne à laquelle on a fait la pollicitation a manifesté expressément sa volonté d'accepter. Le jour où elle aura dicté une lettre à sa dactylographe, donné l'ordre d'écrire la lettre, déclaré à un tiers qu'elle accepte la proposition ou encore inscrit l'opération sur ses livres de commerce, dès ce jour le contrat sera réalisé. On aura déclaré ; on aura émis une volonté ; à travers l'espace les volontés auront concouru, le contrat sera passé. Or, d'après ce système le contrat naît dès que la volonté de l'acceptant est déclarée expressément (29).

Les partisans de ce système invoquent à l'appui de cette théorie l'article 1985 C.C. alinéa 2. C'est un texte qui figure au titre du mandat où la loi dit que dans le mandat l'acceptation peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. Cet article, disent-ils, montre bien que du jour où le mandataire a accepté et accompli son premier acte, même si le mandant ne le connaît pas, le mandat est formé, le mandat existe. On généralise et on vient dire : le mandat est un contrat ; or, dans tous les contrats, les conventions se forment par l'acceptation de celui à qui l'offre est faite, abstraction faite de l'ignorance de l'offrant à l'égard de l'acceptation.

(29) Colin, Capitant T. II, p. 288 — Garsonnet, proc. XXIX, n° 17 — Ripert, vente, p. 40. — Liste complète des auteurs français et étrangers qui soutiennent ce système dans Valéry, contrats par correspondance, p. 130.

Mais le mandat n'est pas un contrat ordinaire. Ce n'est pas un contrat dont l'on puisse tirer un argument au sujet des autres contrats, par le système de généralisation que l'on peut appliquer. Le mandat présente un caractère spécial d'être un contrat à titre gratuit comme le décide l'article 1986 C.C. : le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. C'est une survivance de la vieille idée romaine que le mandat, comme la société, résultait de ce que l'on appellerait le jus fraternitatis, le droit d'amitié, le droit de fraternité. Le mandat est gratuit par sa nature, et ce caractère est suffisant pour mettre déjà en garde contre les arguments de généralisation tendant à étendre les règles de l'article 1985 alinéa 2 à tous les contrats (30).

Nous allons voir que l'article 1985 alinéa 2 se retourne contre ceux qui l'invoquent. Prenons la révocation du mandataire mentionnée dans l'art. 2003 C.C. comme mode d'extinction du mandat. Si donc, au moment où le mandataire exécute l'offre, le mandant a déjà révoqué, il n'y a plus de mandat. Il en est de même pour la mort naturelle ou civile du mandant au moment où le mandataire accepte et veut faire un acte d'exécution, le mandant est mort et le mandataire l'ignore, il n'y a plus de mandat. Donc, l'art. 1985 aboutit exactement aux conséquences contraires de ce que désirent les partisans de la théorie de la déclaration. Dans le mandat on arrive par les deux règles com-

(30) Delamarre et Poitevin, contrat de commission, T. 1, p. 97.

binées de l'art. 1985 et 2003 non pas au système de la déclaration, mais au système de l'information.

Les partisans de la théorie de la déclaration invoquent à l'appui de leur théorie un autre argument de texte, celui de l'art. 1121 C.C. qui déclare : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ». C'est le second membre de la phrase que l'on invoque en faveur du système de la déclaration. Les partisans du système de la déclaration viennent dire : il n'est pas nécessaire que le pollicitant connaisse l'acceptation, puisque dans la stipulation pour autrui, lorsque le tiers a déclaré vouloir profiter de la stipulation faite à son profit, la stipulation est valable, et celui qui a fait la stipulation ne peut plus la révoquer. La loi ne dit pas que le stipulant doit avoir connaissance de la déclaration du tiers bénéficiaire.

Or, du moment qu'il y a une offre qui a été suivie d'une acceptation et que, une fois l'acceptation intervenue l'offrant ne peut plus révoquer, c'est donc qu'il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit portée à la connaissance de l'offrant, c'est donc que, dès l'émission de l'acceptation, le contrat est formé (31).

(31) Bufnoir, propriété et contrat, p. 475.
Revue de droit international et législation comparée, T. IV, année 1872, p. 533.

Il faut bien dire que la stipulation pour autrui est un acte juridique d'une nature controversée et contestée surtout lorsqu'il s'agit de tiers bénéficiaire. Il y a bien des systèmes qui font reposer le droit du bénéficiaire sur l'idée d'une offre à lui faite ; mais ces systèmes, aujourd'hui, sont repoussés et sont démodés. Les nécessités pratiques et notamment le contrat d'asurance sur la vie ont rendu surannés les vieux systèmes qui reposent sur l'offre faite au bénéficiaire. La théorie qui l'emporte en jurisprudence, c'est la théorie du droit direct. Il n'y a plus d'offre. Dès le moment, où il n'y a plus d'offre, nous ne sommes plus en présence d'un raisonnement susceptible de prendre sa base sur l'article 112 pour en étendre la disposition à tous les contrats (32).

Colin et Capitant invoquent à l'appui de ce système un argument tiré de la logique en disant que le contrat se forme dès que l'acceptant a émis son acceptation. C'est l'acceptation qui noue le lien de l'obligation. Du moment que les deux volontés se rencontrent, qu'elles coexistent, le contrat est conclu. Le fait que cette acceptation est portée à la connaissance du pollicitant n'ajoute rien aux conséquences juridiques de cette acceptation. Or, le contrat est formé du jour de l'acceptation, car au jour de l'acceptation les deux volontés coexistent.

(32) Lévy Ulman, cour de dr. civil approfondi à la faculté de dr. de Paris. le tiers bénéficiaire p. 445 et 446 (contrats et obligations).

Supposons qu'au moment où l'acceptation est émise, le pollicitant ne consente plus ; supposons qu'au moment où l'acceptation est émise le pollicitant ait retiré son offre ou qu'il soit mort ou devenu incapable. On ne peut pas dire qu'il y a coexistence de volontés ; si le jour où l'acceptant accepte, le pollicitant était mort ; la réalité s'y oppose.

Au point de vue de l'utilité pratique, le système de la déclaration a un grand inconvénient. Comment peut-on prouver la déclaration ? En ce qui concerne la déclaration pure, la preuve est impossible. Il faut une matérialisation de l'intention de l'acceptant. Il faut qu'on sache quand l'acceptant a accepté ; il faut que l'on puisse le prouver.

En vertu de l'art. 1135 du C.C. les parties doivent se soumettre à toutes les suites « que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». L'équité, l'usage aussi exigent que l'acceptant avise l'auteur de l'offre de son acceptation pour que ce dernier ne soit pas dans l'incertitude. Les convenances, l'assistance mutuelle, la bonne foi entre commerçants et la facilité des transactions demandent que l'acceptant notifie son acceptation. S'il ne se conforme pas à cet usage, l'offrant aura le droit de demander la résolution du contrat ou de réclamer des dommages-intérêts en vertu des articles 1146 et 1184 C.C.

B. On s'est aperçu que le système de la déclaration, au point de vue pratique, ne correspondait peut-être pas à des conditions entièrement acceptables, et on estime alors que le contrat est formé lorsque l'acceptant a mis

à la poste la lettre d'acceptation. C'est ce que l'on appelle le système de l'émission ou système de l'expédition. Le contrat sera donc formé dès l'émission de la lettre (33). C'est le système anglais qui prend la forme du « posting » de la lettre. Il faut que la lettre d'acceptation soit dûment mise à la poste, et lorsqu'elle est dûment mise à la poste le contrat est formé. C'est la solution du Digest de Jenks article 198. La formule est très claire et nette. Elle indique que « le contrat par correspondance est formé lorsque la lettre d'acceptation est « duly posted », c'est-à-dire, a été

(33) Aubry et Rau, IV, p. 343.
Lyon Caen et Renault, principes de dr. comm. p. 427.
Liste complète des partisans de ce système des auteurs français et étrangers, Valéry, p. 130.
C'est là que nous voyons surgir une foule de sous-systèmes. Il en est qui admettent que le contrat est formé aussitôt qu'on a mis la lettre à la poste, nonobstant tout repentir, d'autres n'admettent pas que le contrat soit formé si on reprend la lettre. De même on se repent par télégramme ou par téléphone ; il en est qui admettent que dès l'instant où la lettre est portée à la poste, on ne peut plus révoquer par dépêche ou par coup de téléphone. C'est le système anglais. D'autres qui admettent, au contraire, qu'on peut annuler la lettre par une dépêche ou qu'on peut envoyer un coup de téléphone.
Enfin il faut mentionner le système mixte qui consiste à distinguer le cas de l'offrant et le cas de l'acceptant, à tenir l'acceptant pour lié le jour où son acceptation est parvenue à l'offrant. Il y aura donc deux moments et deux lieux du contrat ou plutôt deux promesses respectives. Il y aura le moment où le proposant sera lié vis-à-vis de lui-même, le contrat est formé quand l'acceptation est émise, ce sera le système d'émission, et au contraire l'acceptant ne sera lié que lorsque l'acceptation sera arrivée à la connaissance de l'offrant : ce sera le système de l'information.

dûment mise à la poste. La mise à la poste de l'acceptation, survenant avant toute rétractation de l'offre, nonobstant toute perte, tout retard de la lettre d'acceptation, à la condition que la mise à la pose ait eut bien régulièrement, dans le délai fixé par l'offrant, lie le contrat ».

Ce principe se dégage d'un certain nombre de décisions judiciaires.

Une des espèces est une espèce jugée par la chambre des Lords : Dunlop contre Higgins 1848. C'était l'hiver, il n'y avait pas de chemin de fer ; la diligence se trouva retardé par de fortes gelées et la lettre de l'acceptant arriva en retard. Elle fut reçue le 30 au lieu d'être reçue le 28. L'offrant s'attendant à recevoir par retour du courrier la réponse et n'ayant rien reçu, avait disposé de la marchandise. Les Lords ont considéré qu'il avait eu tort, que le contrat avait été formé par l'envoi de la lettre d'acceptation. Par conséquent le contrat étant formé, l'offrant était engagé par les liens du contrat. L'offrant ne pouvait pas échapper à la nécessité, ou d'exécuter le contrat, ou de payer des dommages-intérêts.

Une autre hypothèse, c'est celle de Grant's case (Grant contre une compagnie d'assurance). C'est l'hypothèse où la lettre d'acceptation n'est jamais arrivée. Elle n'a pas été seulement retardée en route, elle est partie, mais elle n'est pas arrivée. Néanmoins, alors que l'offrant n'avait pas reçu l'acceptation, les juges anglais ont estimé que le contrat était passé et que le fait seul d'avoir envoyé la lettre,

lorsque la preuve en résultait, entraînait la conclusion du contrat.

Grant avait souscrit à une émission d'actions. Il avait demandé à la Société de lui envoyer confirmation de sa souscription et de l'inscrire pour cent actions, s'engageant à payer 19 sh. par action dans douze mois de la répartition. La compagnie envoie à l'actionnaire un avis disant qu'elle a reçu son offre : l'offre est acceptée. La lettre avait été envoyée ; elle ne toucha jamais le défendeur. De sorte que lorsqu'on lui demanda de payer 19 sh. il refusa de payer ; il fut condamné car les juges anglais ont considéré qu'il avait fait une offre qui avait été acceptée comme elle devait l'être, et par conséquent le contrat était formé (34).

Or, d'après la jurisprudence et la doctrine anglaise, l'acceptation, conforme à l'indication de l'offrant, lie le contrat. Cette règle se dégage de deux principes que les Anglais analysent d'une façon subtile et fine. D'une part, les Anglais disent que dès l'instant où l'offrant a choisi la poste comme mode de communication, il l'a choisie avec tous ses risques et il doit assumer ce qu'on pourrait appeler le risque postal. Il est lié par le système auquel il a donné sa préférence. Si l'offrant avait peur que la lettre n'arrive pas, il n'avait qu'à faire le voyage lui-même. D'autre part, les Anglais considèrent les messages confiés

(34) Pollock. Principles of contracts 5e éd. p. 663.
Wharton. A treatise of the conflict of laws I p. 20.

à la poste comme appartenant temporairement au souverain ou, ce qui revient au même, à son agent (35).

On a vu que cette analyse, malgré sa finesse, ne correspond pas à l'esprit latin. Toutes les législations modernes, à l'exception des législations anglaise et américaine, donnent à l'expéditeur le droit de retirer son message après avoir prouvé son identité et apposé sa signature sur un registre spécial (36).

Une fois que l'acceptation est expédiée, son auteur pourrait la retirer et ce retrait avant arrivée à destination empêche la conclusion du contrat.

Ne pourrait-on considérer la règle suivant laquelle l'expéditeur a le droit de retirer son message avant l'arrivée au destinataire, comme une règle ayant la même force que la loi, au moins en pays latins ? Surtout quand on l'envisage au point de vue international ? Presque tous les règlements postaux de tous les pays civilisés confirment le droit de retrait du message par l'expéditeur (37).

Il n'est donc pas vrai que la propriété de la lettre passe soit au souverain, soit à son agent, soit enfin au destinataire par le seul envoi de la lettre d'acceptation, par con-

(35) Kirchenheim. Revue de dr. international, 1882, p. 616.

(36) V. en France L'instruction générale sur le service des Postes du 20 mars 1868, art. 389 et 28 du décret du 7 février 1894 sur le service télégraphique. — Poitiers, 17 février 1895, Gaz. Pal. 1885-2-560. — Riom, 13 juillet 1891, Gaz. trib. 13 octobre 1891.

(37) C'est la règle imposée en séance du 20 mai 1878 par le congrès postal international de Paris.

séquent la théorie de l'émission n'est pas conforme à l'opinion admise dans les pays latins.

Admettons un moment le système de l'émission, c'est-à-dire le système qui fait dater le contrat du jour de la mise à la poste. Vous ne prétendez pas que je sois lié quand je ne le veux plus. Les faits, les intérêts du commerce sont là : laissez-nous la possibilité d'envoyer la dépêche, le coup de téléphone ; nous sommes des hommes d'affaires, nous voulons à tout moment pouvoir faire connaître notre volonté contraire avant l'arrivée de l'acceptation.

Mais on est ramené alors au système de l'information et de la réception.

C. D'après le système de l'information, le contrat est conclu au moment où l'acceptation parvient à la connaissance de l'offrant. Donc, pour la conclusion du contrat, il faut l'existence de trois éléments : l'offre, l'acceptation et l'arrivée de l'acceptation à la connaissance du proposant. On a donné à ce système le nom de système de l'information, parce que le lien de droit n'est considéré comme existant que du jour où l'auteur de l'offre a été informé de l'adhésion de son correspondant.

Les partisans de ce système proposent à l'appui de leur théorie un argument tiré du rapprochement du contrat entre présents et du contrat entre absents ; ils invoquent aussi un argument fondé sur les textes.

Dans le contrat entre absents, la correspondance joue le même rôle que la parole dans le contrat entre présents.

Entre présents, la convention ne prend naissance qu'au moment où le proposant entend la parole de l'autre partie, par laquelle elle accepte son offre ; il doit en être de même dans le contrat entre absents, l'offrant devant savoir que son offre est agréée. A ce moment il existe un véritable concours de volontés, chacune des parties intéressées connaissant la volonté de l'autre partie (38).

La lettre missive est comme un mandataire ; je puis donc révoquer mon procureur muet tant qu'il n'a pas rempli son mandat. « Je puis, dit Merlin, révoquer la lettre que je vous ai adressée, tant qu'elle ne vous a pas porté les paroles dont je l'avais chargée pour vous » (39).

On admet généralement en principe que l'expéditeur pourrait retirer sa correspondance avant l'arrivée à destination. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'acceptation ? L'offre et l'acceptation doivent être régies par le même principe et être traitées sur un pied d'égalité. Or, l'acceptant pourrait révoquer son acceptation, tant qu'elle n'est pas parvenue à destination et empêcher la conclusion du contrat (40).

Les arguments ne sont pas décisifs. L'assimilation du contrat entre absents et du contrat entre présents est in-

(38) Laurent, dr. civil XV, n° 499, p. 550 — Planiol II, n° 985, p. 341 — Delamarre et Le Poitevin, dr. comm. n° 99, p. 174 suiv. — Liste complète des auteurs français et étrangers partisans de cette théorie dans Valéry, p. 132, op. cité.

(39) Merlin, Repert. V° Vente.

(40) Revue d'enregistrement, contrat par corresp. p. 567 X 1869.

exacte. Ce qui distingue les deux contrats, c'est que la simultanéité de deux volontés existe entre présents et n'existe pas entre absents.

Dans le contrat entre présents, il n'y a pas d'intervalle entre l'offre et l'acceptation. Au contraire dans le contrat entre absents, il s'écoule un certain laps de temps entre les deux termes.

L'assimilation entre l'offre et l'acceptation est aussi inexacte. Entre l'offre et l'acceptation il existe une grande différence. Si l'offre est retirée avant d'avoir été acceptée le concours de volonté est impossible et le contrat ne peut pas se former. Mais, au contraire, c'est l'acceptation qui forme le contrat par le concours des volontés, et voilà ce qui la différencie profondément de l'offre (41).

La cour de Chambéry a défendu le système de l'information par un argument de raison très ingénieux. Pour elle, « la convention exige, non pas seulement le concours de deux volontés, mais, leur manifestation réciproque » (42), manifestation qui n'existe pour chaque partie que lorsqu'elle se produit dans la convention verbale par les sens, et dans les conventions par correspondance au moyen de la lettre. Tant qu'une des parties ignore l'acceptation de l'autre partie le contrat n'est pas formé.

Le postulat du système de l'information, c'est donc que l'on ne peut admettre la naissance du lien obligatoire que

(41) Demolombe XXIV, n° 75.
(42) 8 juin 1877 S. 1877-2-252.

lorsque le pollicitant a reçu la réponse affirmative et concordante de son correspondant, de celui à qui il avait fait l'offre, car nul ne peut être obligé sans le savoir.

Si le postulat est exact, ce qui est dit de l'offrant doit être dit également de l'acceptant. S'il est vrai que nul ne peut être obligé sans le savoir, il faut donc admettre que l'acceptant, à son tour, pour être lié, doit savoir que son acceptation a été connue de l'offrant, que son acceptation est arrivée chez l'offrant. Il faut donc que l'offrant fasse savoir à l'acceptant qu'il a reçu sa réponse. Et alors il faudra que l'acceptant, une nouvelle fois fasse connaître à l'offrant qu'il lui accuse réception de la lettre par laquelle ce dernier lui fait savoir qu'il a reçu son offre. Et ainsi de suite à l'infini. Ce serait la chaîne sans fin, la boucle qui ne serait jamais bouclée (43).

Cela veut dire que la thèse du concours des volontés se heurte aux faits. En réalité, par la position même de la question, quand on exige le concours précis des volontés, on veut obtenir quelque chose d'impossible et aucun contrat par correspondance ne pourrait logiquement se conclure.

Quant aux textes législatifs les partisans du système de l'information invoquent l'article 932 du C.c. qui figure au titre des donations entre vifs et des testaments. Cet

(43) Cohen, thèse, contrat par correspondance, p. 55.
Bufnoir, propriété et contrat, p. 475.
Demolombe, XXIV, n° 75.

article édicte que « la donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes expres ».

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.

Du moment que l'article 932 C.C. exige, pour que la donation soit parfaite, non seulement qu'elle soit acceptée, mais encore que l'acceptation ait été notifiée au donateur, c'est donc que le contrat n'est formé qu'au moment où la notification a été faite, c'est donc, que tout contrat exige pour sa perfection non seulement l'acceptation, mais encore la notification de cette acceptation à l'offrant (44).

A cet argument qui milite en faveur du système de l'information, les partisans des autres systèmes opposent un très grand nombre de réponses.

D'abord, on fait remarquer que la donation n'est pas un contrat et par conséquent l'argument de généralisation que l'on prétend tirer en faveur de tous les contrats de l'article 932 C.C. alinéa 2, pèche par la base. On ne peut pas étendre à tous les contrats ce que l'on dit de la donation parce que la donation n'est pas un contrat.

(44) Laurent, dr. civil, XV, n° 479, p. 550.

En admettant même que la donation soit un contrat, la règle qui est inscrite dans l'article 932 ne peut pas être étendue à tous les contrats, parce que si la donation est un contrat, c'est un contrat régi et dominé par une série de prohibitions, de règles restrictives, inspirées par le désir manifeste de décourager le donateur. On craint qu'un donateur trop prodigue dissipe en libéralités une fortune sur laquelle des héritiers ont conçu des espoirs peut-être légitimes.

En envisageant la question au point de vue de l'utilité pratique, on voit que le système de l'information rend impossible l'acceptation tacite.

Si on suspend la conclusion du contrat jusqu'au moment où l'acceptation parvient à la connaissance de l'offrant, que décide-t-on dans le cas de l'acceptation tacite qui résulte de la seule exécution du contrat ? On arrive fatalement à une conséquence bizarre, c'est que la conclusion du contrat sera postérieure à son exécution.

Le système de l'information rend peu pratique le contrat par correspondance, surtout dans le cas d'acceptation tacite. Supposons qu'un négociant, ayant accepté une offre d'un acheteur, ait donné au contrat un commencement immédiat d'exécution. Rien ne l'empêche de se rétracter, une fois les marchandises expédiées, de les revendre à une autre personne sans autre motif qu'une seconde offre plus avantageuse. Pourtant l'acheteur déçu n'aurait aucun titre pour obliger ce correspondant de mauvaise foi à mainte-

nir le marché. Donc le système de l'information est inapplicable aux conventions formées tacitement, si fréquentes dans les usages commerciaux et universellement admises par la jurisprudence.

En dehors de l'acceptation tacite, le système de l'information met l'acceptant à la merci du pollicitant. D'une part le pollicitant n'a qu'à retirer son offre au cours de tous les délais pendant lesquels les lettres font le chemin d'aller et de retour : alors il n'y a plus de marché, il n'y a plus que le néant ; d'autre part l'offrant peut toujours retarder la conclusion du contrat en retardant l'ouverture de la lettre d'acceptation. Supposons que l'offrant a un meilleur marchand dans son bureau, il conclut avec lui, puis vient dire à l'acceptant : je suis désolé, j'avais conclu avec un autre avant de prendre connaissance de votre courrier. On est conduit dès lors au système de la réception qui va être exposé dans le paragraphe suivant.

D. L'atténuation du système précédent, que l'on appelle système de la réception, consiste à dire que le contrat sera formé dès que la lettre d'envoi sera entrée en possession du pollicitant : non pas qu'il en ait pris connaissance, mais qu'elle lui soit parvenue, qu'il l'ait reçue. C'est en quoi la réception se distingue de l'information. Il y a réception dès que la lettre est arrivée chez le pollicitant, même s'il n'en a pas pris connaissance, soit qu'on l'ait fait porter à son domicile, soit que le facteur l'ait jetée dans sa boîte aux lettres, soit qu'elle ait été déposée

dans la loge de son concierge. Et dès ce moment le contrat serait formé (45).

Ce système n'a pas beaucoup de partisans car il rend peu pratique le contrat par correspondance. Il se base sur un fait purement matériel, très difficile à établir en pratique, surtout si l'acceptant n'a pas pris la précaution de recommander sa lettre d'acceptation pour en prouver l'arrivée en cas de contestation. D'autre part il est peu logique que l'offrant soit lié par l'arrivée d'une lettre dont il ignore le contenu, qui pourrait être une acceptation, mais qui pourrait être aussi un rejet de sa proposition.

En réalité, il nous semble, qu'aucune des dispositions légales invoquées (articles 932, 1121, 1985 du C.C.) n'est en faveur d'une de ces théories plutôt que d'une autre. Le législateur n'a pas songé à donner une solution générale applicable à tous les contrats. Il voulait tout simplement viser des cas spéciaux et rien de plus : sinon il serait tombé dans une contradiction manifeste en paraissant adopter tantôt la théorie de l'information et tantôt la théorie de l'émission.

Avant d'exposer la solution qui nous semble la plus exacte, il convient de citer un exemple pour montrer quel est le moment de la conclusion du contrat par correspondance d'après chaque système doctrinal.

(45) Persil et Croissant. Des commissionnaires, p. 272. Liste complète des auteurs étrangers partisans de cette théorie, dans Valéry, op. cité, p. 133.

Paul, fabricant anglais, propose par lettre à Georges, négociant parisien, une vente de laine. La lettre contenant l'offre est arrivée le 15 mars, le même jour Georges a répondu en acceptant l'offre, mais il a envoyé sa lettre le lendemain, c'est-à-dire le 16 mars. L'acceptation est parvenue à Paul le 19 mars et il en a eu connaissance le 20 mars.

Par conséquent, il y a quatre dates pour la conclusion du contrat : les 15, 16, 19 et 20 mars, suivant le système qu'on adopte, soit le système de la déclaration, soit celui de l'émission, soit celui de la réception, soit enfin celui de l'information.

Laissons de côté les systèmes de la déclaration et de la réception, car ils ne satisfont guère aux principes d'ordre juridique, ni au point de vue de l'utilité pratique. Ils se basent sur des faits purement matériels très difficiles à établir.

Négligeons aussi la solution de la cour de cassation, suivant laquelle le moment de la formation du contrat serait toujours une question de fait, souverainement jugée par le juge du fond.

Le jurisconsulte digne de ce nom préfèrera toujours une solution de principe applicable en général, à l'arbitraire des solutions d'espèce. Et le progrès même du droit veut que le justiciable soit informé autant que possible des règles d'ordre général dont il doit tenir compte. Le jurisconsulte privé ne peut pas s'en tirer en disant à son client, dans son cabinet : la loi est obscure, voyez ce que

dira le tribunal. Aux termes de l'article 4 du C.C. « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Il n'en résulte pas néanmoins que le juge doit se laisser aller à substituer trop souvent son opinion personnelle aux règles qu'il peut trouver dans la loi.

L'intérêt même des justiciables et la sécurité des transactions exigent d'autre part qu'une certaine unité de vue règne dans la jurisrudence et que les solutions ne soient pas contradictoires dans des cas identiques ou analogues.

Lorsque la loi se tait, lorsqu'elle est obscure ou insuffisante, il existe deux auxiliaires du droit positif qui peuvent et doivent la suppléer : la jurisprudence et la doctrine. Leur rôle n'est pas de créer ni d'enregistrer des solutions d'espèce, qui seraient accidentelles, mais de dégager autant que faire se peut, des solutions de principe valables pour un certain nombre de cas.

Pour établir un principe de ce genre, notre méthode consiste à tenir largement compte de l'équité, de l'intention des parties et de leurs situations réciproques.

Prenons comme point de départ le système de l'information. C'est le système le plus rigoureusement en harmonie avec la base adoptée par les pays continentaux qui relèvent de systèmes issus du Code Napoléon. Ce système engendre dès lors une double conséquence : possibilité pour l'offrant de révoquer son offre jusqu'au moment où il a

connaissance de l'acceptation, et possibilité pour l'acceptant de révoquer son acceptation jusqu'au jour où l'offrant l'aura reçue.

C'est la conception française traditionnelle qui considère l'obligation comme un rapport entre personnes beaucoup plus que comme un rapport entre patrimoines. La vie en France ne s'est pas commercialisée comme s'est commercialisée la vie en Angleterre.

Quant aux objections émises contre cette théorie, il sera facile de les réfuter si on jette un coup d'œil sur l'avant projet franco-italien sur les conventions par correspondance.

On dit que ce système permettrait à l'offrant de différer indéfiniment la formation du contrat en retardant l'ouverture de la lettre, en essayant de connaître le plus tard possible l'acceptation. C'est là une situation fâcheuse, contraire à l'utilité, et il faut le dire aussi, contraire à l'équité.

En réalité, si on se place au point de vue de l'équité, lorsqu'une personne qui attend une réponse fait en sorte que cette réponse lui parvienne le plus tard possible, elle commet une action malhonnête, et surtout quand on sait que la réponse est là et que l'on omet d'ouvrir la lettre, on accomplit un acte répréhensible, dont le droit ne doit pas tenir compte au bénéfice de l'offrant, parce qu'il est contraire au devoir de conscience qui lui incombe.

Ceci est fort clair et admis par tout le monde. Il reste

alors à le traduire en formule légale. On y est arrivé à l'article 2 alinéa 5 de l'avant-projet franco-italien qui édicte ceci : l'offre, l'acceptation ou la révocation de l'une ou de l'autre des parties, sont présumées connues à l'instant où elles parviennent à l'adresse du destinataire, à moins que celui-ci ne prouve qu'il a été, sans sa faute, dans l'impossibilité d'en prendre connaissance (46).

Autrement dit, ce n'est pas à proprement parler le système de l'information qu'adopte le projet franco-italien ;

(46) Projet de code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927.

ART. 2. — « Le contrat se forme aussitôt que l'auteur « de l'offre a eu connaissance de l'acceptation de l'autre « partie.

« L'acceptation doit parvenir à l'auteur de l'offre dans « le délai fixé par l'offre ou dans le délai exigé par la « nature de l'affaire.

« L'auteur de l'offre peut tenir valable l'acceptation « tardive et à considérer le contrat comme parfait, pourvu « qu'il en prévienne immédiatement l'autre partie.

« L'auteur de l'offre peut la révoquer tant que l'accep- « tation n'est pas parvenue à sa connaissance. L'accep- « tation peut-être révoquée tant qu'elle n'est pas arrivée « à la connaissance de l'auteur de l'offre.

« Si l'auteur de l'offre s'est engagé à la maintenir pen- « dant un certain délai, ou si cet engagement résulte de la « nature de l'affaire la révocation avant l'expiration du « délai ne fait pas obstacle à la formation du contrat.

« L'offre, l'acceptation, la révocation de l'une ou de « l'autre des parties sont présumées connues à l'instant où « elles parviennent à l'adresse du destinataire, à moins « que celui-ci prouve qu'il a été, sans sa faute, dans l'im- « possibilité d'en prendre connaissance.

« Une acceptation qui modifie l'offre, ne vaut que com- « me une nouvelle offre ».

c'est le système de l'information corrigé dans une certaine mesure par le système de la réception.

La vie sociale est conditionnée en grande partie par une certaine confiance mutuelle et par la rapidité des transactions. Ne pourrait-on pas dans une certaine mesure, apporter au système de l'information déjà corrigé par le projet franco-italien, quelques tempéraments nécessités par ces conditions de la vie sociale et accepter par la suite partiellement le système de l'émission.

Pourquoi maintenir cè système consacré dans l'arictle 2 alinéa 5 du projet franco-italien, lorsque des usages particuliers entre co-contractants s'y opposent, ou lorsque la partie à qui l'offre est adressée a commencé l'exécution immédiate du contrat en expédiant par exemple la marchandise commandée ? Pourquoi retarderions-nous la conclusion du contrat jusqu'au moment où le pollicitant prend connaissance de l'acceptation, lorsque les intentions des parties confirmées par les usages suivis entre eux s'y opposent ?

A notre avis, en admettant parfois le système de l'émission on économiserait un temps précieux, celui que met la lettre d'acceptation pour arriver à sa destination, et on réserve aussi la possibilité de l'acceptation tacite, résultant de l'exécution immédiate du contrat, si fréquente en matière commerciale et universellement admise par la jurisprudence. On empêche d'autre part la fraude que commettrait un correspondant de mauvaise foi qui, par esprit de

lucre, voudrait changer la destination de la marchandise au détriment de l'offrant, après avoir commencé l'exécution du contrat. On réalise par là de la sécurité dans les affaires et une économie de temps.

D'ailleurs le projet franco-italien applique implicitement le système de l'émission dans ces cas. C'est ce qui résulte de l'article 3 du projet, aux termes duquel : « Si, « à la demande de celui qui fait l'offre, ou à raison de la « nature de l'affaire, l'exécution par l'acceptant doit précé- « der la réponse, le contrat se forme au moment et au lieu « où l'exécution en est commencée ».

La solution à laquelle nous nous arrêtons est par conséquent celle-ci :

Le contrat sera formé et produira définitivement ses effets entre les parties, dès que l'offrant aura connaissance de l'acceptation ; il sera présumé, sauf preuve contraire, en avoir eu connaissance dès la réception.

Néanmoins si des usages différents sont habituellement suivis dans les rapports des parties entre elles, ou si l'acceptation s'est manifestée par un acte de consentement tacite et par un commencement d'exécution, il ne sera même plus nécessaire que l'acceptation soit parvenue à destination et le contrat sera formé au temps et au lieu de l'acte de consentement tacite et de commencement d'exécution.

CHAPITRE IV

CAUSES QUI EMPÊCHENT LA FORMATION DU CONTRAT

Dans l'intervale qui sépare l'émission de l'offre et la conclusion du contrat, des événements peuvent surgir qui empêchent la formation du contrat, parce qu'ils empêchent la rencontre des volontés. Ces événements peuvent être la révocation de l'offre, la mort ou l'incapacité d'une des parties, etc...

SECTION I

La révocation de l'offre

La proposition appartient à l'envoyeur tant qu'elle n'entre pas dans la sphère d'action du destinataire. Celui qui a fait l'offre peut la rétracter tant qu'elle n'est pas parvenue à destination. Les règlements postaux et télégraphiques, comme nous l'avons vu plus haut, concèdent à l'expéditeur de tout objet de correspondance le droit de le retirer ou d'en modifier la direction tant qu'il n'a pas été délivré.

Le destinataire ne subit aucun préjudice, puisque l'offre est rétractée avant son arrivée à destination, c'est-à-dire avant qu'elle soit parvenue à la connaissance du correspondant.

Par réciprocité, l'acceptant a le droit de retirer son acceptation, quoique déjà émise, pourvu que ce retrait d'acceptation parvienne avant l'acceptation elle-même. Il y a là une réciprocité nécessaire (1).

Que décider dans le cas où la révocation est expédiée une fois que l'offre est arrivée à destination ?

Georges, négociant à Paris, écrit à Ali, négociant au Caire, une lettre par laquelle il lui propose de lui vendre une certaine marchandise à un prix déterminé. Une semaine après, Georges se ravise et envoie une seconde lettre portant révocation de son offre. Ali qui reçoit d'abord la lettre contenant la proposition et qui ignore l'existence de la seconde lettre qui l'annule, communique immédiatement son acceptation. Le lien de droit va-t-il pouvoir se former ? Telle est la question qui se pose. Elle revient en somme à décider si la révocation a pour effet d'anéantir l'offre de plein droit ou, au contraire, si la validité de la révocation dépend de l'époque où le destinataire l'a connue.

Des auteurs considérables affirment que l'efficacité de la révocation se produit ispo facto, dès l'instant de son

(1) Bufnoir, p. 480.
Projet franco-italien, art. 2 sur les obligations et contrats.

émission et indépendamment de toute connaissance que peut en avoir eue la partie qui a reçu la proposition (2).

Ainsi, dans notre exemple, aucun contrat, d'après eux, n'aurait pu se former. En effet, disent-ils, au moment où le destinataire de l'offre a émis son acceptation, l'offre ne subsiste plus, étant rétractée par l'offrant. L'acceptant se trouve en réalité en présence d'une proposition déjà rétractée, donc son adhésion ne pouvait avoir pour effet de donner naissance à la convention.

Cette doctrine était aussi celle de Pothier (3). Il nous enseigne : « Si j'ai écrit à un marchand de Livourne une « lettre par laquelle je lui proposais de me vendre une « certaine partie de marchandises pour un certain prix, et « que avant que ma lettre ait pu lui parvenir, je lui en ai « écrit une seconde, par laquelle je lui marquais que je ne « voulais pas cette emplette ou qu'avant ce temps je sois « mort ou j'ai perdu l'usage de la raison, quoique ce mar- « chand de Livourne, au reçu de ma lettre, ignorant ou « mon changement de volonté, ou ma mort, ou ma démence, « ait fait réponse qu'il acceptait le marché proposé, néan- « moins il ne sera intervenu entre nous aucun contrat, car « ma volonté n'ayant pas persévéré jusqu'au temps auquel « ce marchand a reçu ma lettre et accepté la proposition « qu'elle contenait, il ne s'est pas rencontré un consente-

(2) Demolombe XXIV, n° 70. — Bufnoir, n° 470 — Vivante IV p. 57.
(3) Pothier, Vente, p. 13, n° 32, T. III.

« ment ou concours de nos volontés nécessaire pour former « le contrat ».

La jurisprudence française adopte depuis longtemps cette thèse. Plusieurs arrêts considèrent que l'offre non acceptée peut toujours être rétractée (4). Peu importe que les deux lettres, celles de l'acceptation et la révocation, se croisent (5).

On l'a même admis au cas où le pollicitant avait déjà fourni une caution pour garantir l'exécution (6).

Toute cette jurisprudence se fondait sur une idée ancienne, à savoir que pour la formation du contrat, il faut exiger le maintien des volontés des parties.

Au contraire, il existe une doctrine qui incline vers l'inefficacité d'une révocation ignorée de l'autre partie. Pour que la révocation soit efficace il faut qu'elle arrive à la connaissance du destinataire avant l'envoi de l'acceptation.

Les partisans de cette théorie invoquent un argument théorique et un argument pratique.

Au point de vue théorique, la révocation comme l'offre est une manifestation de volonté. Il faut pour qu'elle produise ses effets, qu'elle arrive à destination. L'offre et la révocation doivent être régies par les mêmes règles. Donc

(4) Req. 16 avril 1861, S. 1862, 1, 201.
Req. 11 décembre 1901 D. 1903, 1, 114.
(5) Bordeaux, 17 janvier 1870 D 1871, 2, 96 S. 1870, 2, 219
(6) Amiens, 18 janvier 1899. Rec. Amiens 1899 p. 80.
Voir Demoque, obligation, T. II, 257.

une révocaiton, telle une volonté non communiquée, est comme si elle n'existait pas et impuissante à produire des effets juridiques (7).

Au point de vue pratique, l'offrant en expédiant sa proposition est censé maintenir son offre pendant un certain délai. Ce délai est le temps normalement nécessaire pour recevoir la réponse de son correspondant. Par conséquent l'offrant est obligé de ne pas révoquer son offre avant d'avoir pu recevoir une réponse. Il faut que l'acceptant se trouve en présence d'une volonté aussi sérieuse que si elle venait de lui être déclarée verbalement. Autrement, personne ne pourrait consentir à accepter une offre faite par correspondance.

Notons qu'il y a des législations d'après lesquelles toute offre par correspondance contient implicitement un engagement de ne pas la retirer jusqu'au moment où on aura pu normalement recevoir la réponse. C'est ce qui est formulé notamment dans le Code du Commerce allemand (art. 319) et par le Code fédéral suisse des obligations.

Les cours anglaises au XVIII[e] siècle décidaient, conformément à la première théorie, celle de Pothier et de ses partisans, que l'offrant pouvait valablement rétracter son offre, même si cette révocation était ignorée du destinataire ; mais dans ces derniers temps, elles se sont fixées définitivement en sens contraire. La jurisprudence anglaise a fini

(7) Cohen, 149 — Darquer, p. 46 — Surville, dr. inter. privé, p. 231.

par admettre que la révocation n'était opérante qu'à la condition de parvenir à la connaissance du co-contractant avant l'envoi de son acceptation.

La question s'est présentée dans toute sa netteté dans l'affaire Byrne, contre Van Tienkoven (8).

Un télégramme d'acceptation avait été envoyé, alors que la lettre contenant la révocation de l'offre se trouvait déjà en cours de route. Fallait-il décider que la révocation avait pu produire ses effets avant toute communication ? Du moins ne fallait-il pas admettre que le seul fait d'avoir mis à la poste la lettre de révocation pouvait tenir lieu de communication ?

Dans un attendu remarquable qui mérite d'être textuellement rapporté, le juge Lindley répondit négativement à cette double question.

« En ce qui concerne, dit-il, la première question je « sais que Pothier et quelques auteurs célèbres, sont d'avis « qu'il n'y a pas contrat toutes les fois qu'une offre est « révoquée avant d'être acceptée, alors même que cette ré- « vocation ne serait pas connue du destinataire de l'offre. « La raison de cette opinion, c'est qu'en fait, il n'y a pas « de consentement des deux parties, chose essentielle pour « la conclusion du contrat.

« A cela on a cependant fort justement répondu qu'une « opinion mentale non communiquée ne pouvait pas entrer

(8) Voir Cohen, p. 151.

« en ligne de compte dans les rapports entre les hommes et « que par conséquent une révocation non notifiée n'en cons- « tituait pas une au point de vue juridique.

« Cette seconde solution, admise d'ailleurs aux Etats- « Unis me paraît beaucoup plus en harmonie avec les prin- « cipes généraux du droit anglais que l'opinion de Pothier. « Je passe à la question de savoir si la mise à la poste de « la lettre de révocation équivaut à sa communication.

« On peut considérer aujourd'hui comme établi que, « quand une offre est faite et acceptée par correspondance, « le contrat devient parfait au moment où la lettre d'accep- « tation est mise à la poste, quand bien même elle n'arri- « verait jamais à destination. Cette solution se base sur ce « principe que l'offrant a expressément ou implicitement « indiqué à son correspondant qu'il considérait l'expédition « de la lettre comme une communication suffisante et qu'il « constituait le bureau de la poste pour son agent chargé de « recevoir la notification de l'acceptation. Or ce principe me « paraît inapplicable à l'hypothèse de la révocation de l'of- « fre. Dans ce cas particulier je ne trouve, en effet, aucune « preuve d'autorisation donnée par les demandeurs aux dé- « fendeurs de communiquer la révocation de leur offre par « le seul fait de mettre leur lettre à la poste.

« Du reste, si la prétention des défendeurs devait pré- « valoir, une personne acceptant une proposition reçue par « la poste n'aurait jamais pu être sûre de la situation tant « qu'elle n'aurait pas attendu l'écoulement d'un certain dé-

« lai pouvant lui assurer qu'aucune révocation n'avait été « expédiée avant son acceptation. Il me semble que les prin- « cipes juridiques et les nécessités pratiques exigent qu'une « personne qui a adhéré à une offre sans savoir qu'elle « a été révoquée puisse être sûre que son adhésion a défi- « nitivement créé un contrat obligatoire entre les partis ».

La raison pour laquelle la jurisprudence anglaise se prononce pour la conclusion du contrat est, qu'en droit anglais, l'élément essentiel dans le contrat, ce n'est pas l'intention des parties ; ce qui l'emporte, ce qui est déterminant, et ce qui conclut le contrat, c'est la communication.

Qu'est-ce donc que la communication ? La communication, c'est l'acte par lequel l'une des parties porte à la connaissance de l'autre son offre ou son acceptation. Cette communicaiotn, comme en France, peut être expresse ou tacite. Elle peut être expressément écrite ou orale (by words spoken or written). Elle peut être tacite (by conduct) (9).

Donc, la communication, c'est l'acte extérieur matériel par lequel une partie fait connaître à l'autre son offre ou son acceptation. C'est là l'élément essentiel du contrat en droit anglais. Essentiel en ce sens que cette communication doit être appréciée non pas subjectivement, mais objectivement. C'est là le nœud de la question. C'est-à-dire qu'elle ne doit pas être appréciée dans sa correspon-

(9) Ch. Jenks, 191-196.

dance avec la psychologie individuelle des deux parties, avec leur état d'esprit, mais elle doit être appréciée dans sa conformité avec ce qu'elle devait être, avec la manière dont elle devait être réalisée.

De deux choses l'une : ou bien la communication a été faite comme elle devait être faite, elle est conforme à ce qu'elle devait être, et alors elle engendrera l'obligation ; elle formera le contrat. Ou bien elle n'est pas ce qu'elle devait être, elle n'est pas conforme à ce qu'elle devait être, alors elle est inopérante. Toute la question est de savoir si la communication a été faite comme elle devait l'être, sans faire aucune attention à la volonté interne des parties. Ce qui prouve que le contrat anglais est un contrat objectif et non subjectif. Pour la perfection du contrat la jurisprudence anglaise examine le point de vue d'objectivité du contrat, non pas sa subjectivité.

Il y a maintes décisions dans lesquelles la jurisprudence anglaise applique cette manière de voir (10).

Une des espèces concerne le cas de contrats passés entre les entrepreneurs de transport par chemin de fer et leurs voyageurs.

L'espèce en question est une espèce jugée en 1856 (Denton contre Great North Railway, cour du Banc de la Reine).

(10) Sir William Anson, principles of contracts, p. 20.
Voir encore affaire de la division du Banc de la Reine Wathins contre Rymille.
Pollock, 38.
Cf. Jenks, 191-196.

L'hypothèse est la suivante :

Un voyageur consulte les horaires de la Compagnie affichés dans les locaux de la compagnie, ce que les Anglais appellent « time tables », ce que les Français appellent l'indicateur. Le voyageur règle son voyage en conséquence. Mais à la gare de jonction, il manque la correspondance, parce que la compagnie avait changé son horaire ; il doit donc passer, dans des conditions peu confortables, la nuit à la gare d'embranchement, repartir le lendemain matin. Il manque de ce fait un rendez-vous d'affaires. Il assigne la compagnie. La compagnie perd son procès : d'abord sur le terrain délictuel, parce que l'on a considéré qu'il y avait faute de la compagnie, mais en second lieu aussi parce qu'on a considéré qu'il y avait dans les times tables, c'est-à-dire l'horaire affiché, une proposition, une offre, et que cette proposition ayant été acceptée par le voyageur, il y avait eu contrat formé. C'est donc que les juges anglais considèrent le contrat comme formé à raison de l'offre communiquée conformément à l'usage et conformément à l'initiative de l'offrant, en faisant prédominer la communication sur la volonté interne de l'un des contractants.

On est ramené au point de controverse entre la théorie anglaise et celle des pays latins qui relèvent du Code Napoléon comme la France et l'Italie et qui considèrent que l'élément essentiel du contrat, l'élément primordial c'est l'élément subjectif, c'est la volonté des parties.

Dans un contrat français, à l'inverse du contrat anglais, c'est l'accord des volontés qui forme le contrat, c'est-à-dire l'adhésion des esprits, la réunion des esprits sur le même point. C'est le concours des volontés. C'est la formule que nous rencontrons dans Pothier (11) : « Le con-« trat renferme le concours des volontés de deux person-« nes, dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre « accepte la promesse qui lui est faite ».

C'est aussi la conception consacrée par le projet franco-italien dans l'article 3 alinéa 3, aux termes duquel : « L'auteur de l'offre peut la révoquer tant que l'accepta-« tion n'est pas parvenue à sa connaissance. L'acceptation « peut être révoquée tant qu'elle n'est pas arrivée à la con-« naissance de l'auteur de l'offre ».

Donc, avant l'arrivée de l'acceptation à la connaissance de l'offrant, le contrat n'est pas encore conclu et l'auteur de l'offre peut retirer son offre ; mais il doit réparer le préjudice causé à l'acceptant du fait de la révocation de l'offre

C'est une solution généralement admise en France, mais cependant elle a trouvé quelques contradicteurs (12). On a soutenu qu'il n'y a pas lieu à indemnité, puisque l'offrant exerce son droit, et celui qui exerce un droit ne

(11) Pothier, obligation, n° 4. — Toullier, n° 21, dr. civil. — Dereux. La revue critique de législation et jurisprudence. Etude des diverses conceptions actuelles des contrats.

(12) Laurent, dr. civil, XV, n° 481.

cause préjudice à personne. D'autre part, l'acceptant n'a pas le droit de se plaindre du préjudice qu'il peut avoir éprouvé, car il savait ou devait savoir, que, jusqu'au moment de l'acceptation, le proposant pouvait retirer son offre.

Ce raisonnement serait exact, s'il n'était pas possible de donner à l'action en indemnité un autre fondement que l'existence même du préjudice éprouvé. L'art. 1382 C.C. n'est d'aucune application en cette matière, quoiqu'on l'ait souvent appliqué, car il n'existe pas dans le chef de l'auteur de l'offre, un quasi-délit, c'est-à-dire une négligence ou une imprudence.

Jhering fonde l'action en indemnité sur un genre particulier de faute « Culpa in contrahendo », faute commise durant les préliminaires du contrat. C'est d'après lui la faute commise durant les préliminaires du contrat qu'on a l'intention de conclure (13).

Nous ne pouvons pas justifier la valeur de cette théorie car on ne voit nullement quelle faute l'offrant a pu commettre.

Nous nous rallions à l'explication de Valéry qui trouve une base à l'action en indemnité dans l'usage. Il l'explique par la nécessité pratique et la facilité des transactions commerciales qui imposent à chaque offrant de maintenir son offre. Cet usage doit être appliqué puisqu'il ne con-

(13) Œuvres choisies II p. 1 et suiv.

trarie aucun texte et qu'il est en harmonie avec l'équité (14).

Or, la base de l'action en indemnité c'est non pas l'art. 1382 C.C., mais les articles 1135 et 1160 C.C.

En conséquence, il n'est pas nécessaire pour avoir droit à l'indemnité de prouver la mauvaise foi de l'offrant, il suffit de prouver que la révocation a eu pour résultat de nuire au destinataire de l'offre. Conformément à l'art. 1149, le montant de l'indemnité à laquelle il a droit, doit comprendre la perte subie et le manque à gagner.

Section II

Décès ou incapacité d'un des Correspondants

1. *La mort du proposant.*

L'offre tombe, comme nous l'avons vu plus haut, par la mort de celui de qui elle émane (15). En effet, l'offre est une manifestation de volonté. Elle n'a aucune existence en dehors de la personnalité de son auteur. Elle s'éteint nécessairement avec lui.

Cette thèse est unanimement acceptée par la doctrine sauf par quelques contradicteurs, surtout par les parti-

(14) Valéry, op. cit., p. 179.
(15) Guillouard, vente, n° 14. — Larombière, art. 1101, n° 20. — Laurent, XV, n° 478. — Demolombe, XXIV, n° 67. — Vivante, n°s 1534 et 1549. — Pothier, vente, n° 32.

sans de l'offre obligatoire, qui disent que l'offre est indépendante de la personnalité de son auteur. On a déjà remarqué l'inexactitude de cette théorie et on est ainsi arrivé à une solution pratique pour protéger l'acceptant en lui donnant une indemnité au cas où les héritiers ne l'ont pas prévenu en temps utile et lorsqu'il a subi un préjudice à la suite de son acceptation (16).

2. *Décès du destinataire de l'offre.*

La proposition s'éteint-elle par la mort de celui à qui elle est adressée ?

Pour répondre à cette question il faut distinguer suivant que le destinataire a déjà envoyé son acceptation ou qu'il ne l'a pas encore fait.

Si le destinataire a déjà envoyé son acceptation, le contrat se forme ou ne se forme pas suivant le système qu'on adopte pour sa formation.

Si l'on admet le système de l'émission, celui de la jurisprudence et de la doctrine anglaises et américaines, le contrat se forme et devient parfait, au moment où l'acceptant s'est dessaisi de son acceptation. Au contraire, si l'on adopte le système de l'information, c'est-à-dire le

(16) Voir le chapitre de l'offre.

« En droit anglais il ne laisse aucun doute que si celui qui a fait une offre vient à décéder, cette offre ne peut plus être acceptée ». Cette solution est adoptée dans plusieurs républiques américaines et uniformément admises par la jurisprudence de toutes les autres.

système presque unanimement admis par la doctrine française et auquel nous nous rallions en principe, le contrat ne se formera pas, car le destinataire a décédé avant l'arrivée de l'acceptation à la connaissance du pollicitant (17).

Si le destinataire n'a pas encore envoyé son acceptation, le contrat ne se forme pas quel que soit le système adopté, car de même que les héritiers ne peuvent pas être liés par l'offre qu'a faite leur auteur, ils ne peuvent pas non plus profiter d'une offre faite à leur auteur. Les héritiers ne succèdent qu'à des conventions déjà formées.

3. *L'incapacité survenue pour l'un des correspondants.*

Au point de vue qui nous occupe, l'incapacité produit en principe les mêmes conséquences que la mort. Par suite, il y a lieu d'appliquer à l'incapacité tout ce qu'on a dit à propos du décès.

La capacité s'apprécie au moment de la passation de l'acte. Or, si la proposition est émise et si l'offrant devient incapable avant l'acceptation, le contrat ne pourra pas se former. La capacité doit subsister jusqu'au moment de la passation de l'acte.

Parmi les causes de l'incapacité on peut mentionner la faillite. La remarque en a déjà été faite par MM. Lyon

(17) Guillouard, vente, n° 14 — Laurent XV, n° 478 — Aubry et Rau, IV, 5e éd. p. 482 — Req. 21 avril 1891 S. 1895, 1, 398 D. 1892, 1, 181. — Voir le chapitre des systèmes soutenus pour la formation du contrat.

Caen et Renault (18) dans les termes suivants : « Sans « doute le failli ou le débiteur mis en liquidation judiciaire « n'est pas incapable de contracter ; mais il ne peut pas, « du moins, faire des contrats opposables à la masse. Cela « doit suffire pour qu'on assimile la faillite et la liquidation « judiciaire à l'incapacité au point de vue des effets pro- « duits sur l'offre. Le syndic pourrait sans doute maintenir « l'offre du failli, mais alors, si le contrat se formait, la « masse représentée par le syndic serait elle-même partie « contractante, elle serait créancière ou débitrice de celui « avec qui elle conclurait le contrat. En cas de liquidation « judiciaire l'offre pourrait être maintenue par le débiteur « dûment autorisé ».

Section III

L'expiration du délai de l'acceptation

---

1. *Offre avec délai.*

Lorsque la proposition est accompagnée de la stipulation d'un délai et lorsque l'acceptant laisse s'écouler ce délai sans réponse, la proposition devient caduque de plein droit, sans qu'il soit besoin que l'offrant la rétracte.

(18) Lyon Caen et Renault, p. 428.
Valéry, p. 210.

C'est une thèse unanimement admise en doctrine et en jurisprudence (19).

Cependant un auteur a soutenu le contraire, estimant que l'offre peut être valablement acceptée, tant qu'elle n'a pas été retirée, quand bien même le délai prescrit pour répondre serait expiré (20). Il voulait donner à l'offre un délai indéfini.

Cette opinion est inadmissible, car elle est contraire à la volonté de l'offrant dont l'offre est faite dans son intérêt. L'offrant en indiquant un délai pour l'acceptation veut se dégager à l'expiration du délai. L'acceptant sait donc bien qu'après avoir reçu la proposition par laquelle l'offrant lui a fixé un délai, il doit accepter ou refuser dans ledit délai. Il serait injuste de permettre à l'acceptant de répondre à son gré et de laisser l'offrant dans l'incertitude. Il n'est pas possible de lier indéfiniment l'offrant, surtout en matière commerciale, les fluctuations des cours des Bourses exigeant que les marchandises qui s'y négocient fassent l'objet de transactions traitées très rapidement. On ne peut donc imaginer un seul instant que l'auteur d'une offre de ce genre a pu avoir l'intention de la maintenir pendant plusieurs mois (21).

Ces raisons sont tellement fortes qu'elles ont amené

(19) Vivante, IV, p. 35 — Huc dr. civil VII n° 18 — Valéry p. 185 — Guillouard, vente, n° 13 — Lyon 27 juin 1867 S. 1868-11-182. — Bordeau, 29 janvier 1892 D 1892-11-390.

(20) Worms, la volonté unilatérale, p. 174.

(21) Larombière 1101 n° 18. — Jenks, art. 197. — Valéry, n° 202.

tous les codes récents, en pareil cas, à établir que toute personne, qui a fait une offre par correspondance, doit avertir son correspondant que son acceptation est arrivée trop tard. C'est ainsi dans le code civil allemand (article 149) et le code civil brésilien de 1916 (article 1082). Tous les auteurs italiens affirment aussi, pour protéger l'acceptant et ne pas le laisser dans l'incertitude, que l'offrant doit donner avis à son correspondant de l'arrivée tardive de son acceptation (22). C'est une obligation équitable et qui doit être admise.

Quoi qu'il en soit, on ne pourrait pas enlever toute valeur à cette acceptation tardive. Sans doute, elle ne vaut pas comme acceptation, mais on peut la considérer comme une contre-proposition qui nécessite l'acceptation du proposant. Le code civil allemand applique cette manière de voir dans l'article 150 et aussi le projet franco-italien dans l'article 2 alinéa 6 qui édicte : « Une acceptation, qui modifie l'offre, ne vaut que comme une nouvelle offre ».

2. *Offre sans délai.*

Que décider si le proposant n'a accompagné son offre d'aucune stipulation de délai ? Peut-on dire qu'elle le lie indéfiniment et que l'acceptant peut envoyer son acceptation quand il lui plaira ?

Une telle hypothèse est inacceptable pour les raisons qu'on a déjà invoquées dans le passage précédent. L'offre

(22) Carrara, p. 229 — Vivante, n° 1540, p. 35.

est faite dans l'intérêt de l'offrant et il n'est pas équitable de l'exposer aux fluctuations du marché. Il faut donc admettre que l'offre suppose nécessairement un délai limité : le délai moral pour recevoir la réponse et y répondre.

C'est là un point sur lequel va s'exercer le pouvoir d'appréciation du juge qui doit tenir compte de la diligence et de la prudence de l'acceptant et aussi des circonstances de l'affaire traitée.

Dans cet ordre d'idées, il a été jugé que, lorsque l'offrant exige une réponse télégraphique, l'acceptation doit intervenir le jour même, pour arriver plus tôt qu'une lettre, en conséquence une dépêche envoyée le lendemain pourrait être considérée comme inefficace (23).

De même, on a décidé que le vendeur d'un vin est dégagé de son offre après 24 heures écoulées, surtout à l'époque de la vendange, lorsque le prix est susceptible de fluctuations (24).

Ici se pose une question du même genre que celle que l'on a rencontrée dans l'hypothèse de l'offre avec délai. L'expiration du délai moral va-t-elle entraîner par elle-même la caducité de la proposition ou bien faudra-t-il que le pollicitant avertisse son correspondant qu'il entend ne plus être lié ?

La jurisprudence anglaise assimile le cas de la proposition avec délai, à celui de la proposition sans délai, ne

(23) Lyon, 19 décembre 1917 S. 1917-1918, 11, 40.
(24) Bordeaux, 29 janvier 1890 D 1890, 2, 392.

faisant aucune distinction entre les deux situations. Elle considère que l'offre tombe de plein droit sans que le pollicitant doive avertir l'acceptant.

On ne peut adhérer à une telle solution, car d'une part il existe une différence entre le délai précis qui est indiqué par le proposant, et par suite connu de l'acceptant, et le délai moral qui est imprécis et qui varie suivant les circonstances et la nature de l'affaire. Ce délai moral pourrait être considéré comme expiré par l'offrant, tandis que son co-contractant émetteur d'une acceptation tardive, croirait qu'il est encore dans le temps voulu.

D'autre part, on a déjà vu que l'acceptation tardive n'est pas dénuée de toute valeur. On peut la considérer comme une contre-proposition, c'est-à-dire comme une offre nouvelle, et par suite si l'offrant garde le silence sans avertir le proposant que son acceptation tardive est impuissante à former le contrat, il se trouve lié par une convention dont il voulait se dégager.

Le délai d'acceptation s'entend-il pour l'expédition ou pour la réception ? C'est-à-dire, faut-il, pour que l'acceptation soit efficace, que la lettre d'acceptation parvienne au proposant dans le délai fixé par lui, ou suffit-il que l'acceptant l'envoie dans le délai prescrit, même si elle arrive au proposant après l'expiration du délai ?

Il semble que les partisans de la théorie de l'émission admettent l'efficacité de l'acceptation, pourvu qu'elle ait été expédiée dans le délai fixé, alors que la proposition

existe encore, sans s'inquiéter si lors de sa réception, le délai se trouve déjà expiré (25).

C'est du reste la jurisprudence de la cour suprême. La cour suprême estime, « qu'admettre la solution con- « traire, ce serait restreindre arbitrairement le délai que « d'y comprendre, en l'absence de toute précision sur ce « point, le temps nécessaire pour porter l'acceptation à la « connaissance du proposant » (26).

Au contraire, pour les partisans de la théorie de l'information il semble que la lettre d'acceptation doive arriver dans le délai fixé par la proposition. Pour eux le moment de l'expédition est sans importance. C'est la date de la réception qui compte. L'acceptation n'est valable que pour autant qu'elle arrive à la connaissance du proposant dans le délai fixé par lui car au moment de l'arrivée de la lettre d'acceptation, le délai est expiré et entraîne par suite la caducité de l'offre.

Section IV

Le refus et la contre-proposition

La personne à qui l'offre est adressée peut réagir en trois manières différenets. Elle peut accepter purement et simplement ; c'est ainsi que le contrat se forme et qu'il

(25) Lyon, Caen, p. 429.
(26) 6 février 1906 D 1910, 1, 234.

produit ses effets juridiques. Elle peut répondre négativement. Elle peut enfin subordonner son acquiescement à certaines modifications de la proposition.

Si elle répond négativement, l'offre s'éteint et devient caduque sans pouvoir revivre par une adhésion subséquente.

Mais que décider dans le cas où cette acceptation subséquente serait communiquée par dépêche de façon à devancer la lettre de refus ? Autrement dit à quel moment le refus produit-il ses effets ?

Ici encore, on pourrait admettre deux solutions suivant le système que l'on adopte.

On peut être d'avis suivant le système de l'émission, que le refus produit ses effets du jour de son émission, et que par conséquent toute ratification, même arrivée avant le refus, serait inefficace. La lettre de refus, une fois expédiée, anéantit l'offre qui ne peut plus être acceptée.

D'autre part, si on envisage la question suivant le système de l'information (27), on aboutit à une solution contraire. C'est la réception qui compterait et la lettre de refus peut être rétractée tant qu'elle ne serait pas parvenue à la connaissance du pollicitant. Cette solution est en harmonie avec la nécessité pratique. Elle ne cause aucun préjudice à l'offrant. Toutefois, s'il a fixé un délai pour la

(27) La question est examinée d'après le système consacré par le projet franco-italien qui établit que l'information est présumée par le fait de la réception.

réponse, il faut que celle-ci lui parvienne dans le temps voulu, soit sous forme d'acceptation non révocable, soit sous forme de rétractation d'un refus, équivalent à une acceptation.

L'acceptation ou le refus d'un côté, l'offre d'un autre côté sont des manifestations de volonté, celles-ci doivent être régies par les mêmes règles, et par conséquent le refus, comme une manifestation de volonté, ne produit aucun effet avant son arrivée à destination.

Dans la vie sociale, chaque personne a besoin de se raviser avant que son acte entre dans la sphère juridique. Par conséquent, l'acceptant pouvait annuler son refus, en envoyant une dépêche, en vue de conclure le contrat, pourvu que cette dépêche arrive avant la lettre de son refus.

Il semble que la jurisprudence des cours d'appel incline vers cette opinion (28) :

« Attendu (disait le jugement de première instance « qu'elle s'est bornée à confirmer) que le refus d'accepter « l'offre dégage complètement celui dont elle émane, de « telle sorte que le consentement ne peut plus se produire, « et que par suite le contrat de vente ne peut se former « postérieurement au refus de la partie à laquelle l'offre « a été faite, et alors même que cette partie se ravisant « viendrait à accepter l'offre qu'elle avait tout d'abord « repoussée ; attendu en fait que F... a répondu à la pro-

(28) 25 mars 1896 Pand. Period. 1897, 11, 100.

« messe de M..., par l'envoi d'une affiche impliquant son « refus, d'où il suit que M... se trouvait délié de sa pro- « messe envers F... à partir de la date de la réception de « l'affiche, l'acquiescement notifié le lendemain de ce « jour est tardif et ne saurait avoir pour conséquence de « faire revivre une offre qui avait cessé de subsister ».

Ainsi donc, d'après la cour de Chambéry, c'est seulement au jour de la réception du message que le refus produit ses effets (29).

Une personne adresse à une autre une offre en vue de la conclusion d'un contrat. Cette dernière repousse la proposition qui lui est faite. Lorsqu'il en est ainsi, l'on ne songe guère en pratique à contester la légitimité de son refus.

Ce refus pour des considérations personnelles devient-il une cause de responsabilité ?

Il n'y a aucun texte de loi, au moins en France, qui règlemente d'une façon générale le droit de rejeter les offres d'un contrat. Néanmoins, on trouve des cas où ce droit est restreint pour des raisons de nécessités sociales et pratiques (30).

C'est ainsi que l'ordonnance du 20 janvier 1563 (aujourd'hui abrogée) défendait aux hôteliers de renvoyer les voyageurs sans motif légitime.

(29) Contrà Cohen p. 131.
(30) Morel. Revue trim. 1908 p. 293 Refus de contracter pour des raisons personnelles.

C'est ainsi, également, que les officiers ministériels comme les notaires, sont tenus en vertu de certains textes de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis (31).

Les tenanciers des Magasins Généraux sont aussi tenus de mettre leurs services sans préférence ni faveur à la disposition de toute personne.

La question s'est posée en jurisprudence au sujet de l'application de la théorie récente de l'abus de droit. La première espèce s'est présentée en matière de refus d'embauchage (32).

La jurisprudence se montre assez disposée à concéder de la façon la plus large aux commerçants le droit de n'entrer en rapport d'affaires qu'avec les personnes qui leur conviennent. L'argument invoqué est tiré du principe de la liberté du commerce proclamé par la loi des 2-17 mars 1791.

S'il est exact que l'engagement par contrat est aujourd'hui la condition la plus impérieuse du développement économique, il est encore plus exact de dire que nous sommes toujours libres de refuser un contrat et que

(31) En ce qui concerne les avocats, ils peuvent refuser leur concours, toutefois il y a exception lorsqu'ils sont désignés d'office.
Garsonnet, traité de Procédure, I n° 249.

(32) Trib. de Bordeaux 14 décembre 1903 S. 1905, 2, 17 (avec note de M. Ferron) D 1911, 2, 385 avec note de M. Planiol. Revue de droit civil 1905 p. 127.
Ripert, revue critique, 1911, p. 124.

par là nous ne lésons jamais aucun droit, puisque la partie repoussée conserve toujours la ressource de s'adresser à quelqu'un d'autre. Le principe de la liberté nous donne le libre choix. Si l'on refuse une offre sans avoir rien fait pour la solliciter, aucune responsabilité ne peut naître (33).

Cependant la jurisprudence a apporté à ce principe des restrictions importantes. Ces restrictions sont inspirées par l'intérêt social. Il en est notamment ainsi dans tous les cas où il existe un monopole de droit. Dans les villes où la vente du pain est soumise au régime de la taxe, l'on décide que cette règlementation entraîne pour les intéressés l'obligation de vendre au prix taxé (34).

De même la jurisprudence admet une restriction dans le cas où il y a monopole de fait, en dehors de toute concurrence. Par exemple, l'entrepreneur d'un service public régulier de transport d'une localité à la station d'un chemin de fer, dont il est le correspondant agréé, ne peut, alors qu'il a fait connaître son entreprise au public par la voix des journaux et par affiches, et surtout s'il n'y a pas de concurrence, refuser sans motif légitime et par unique esprit de mauvais vouloir, d'admettre dans sa voiture un voyageur qui offre le prix fixé. Un tel refus, s'il

(33) Cass. 18 juillet 1862 D 63, 1, 485.
Trib. Seine 23 mars 1892 S. 1892, 2, 189.
(34) Cass. 26 avril 1861 D 61, 1, 503.
Trib. Pont l'Evêque, 15 juin 1878 D 1880, 3, 22.

a causé un dommage au voyageur, peut motiver une condamnation à des dommages-intérêts (35).

Cette jurisprudence s'inspire du principe de la liberté du commerce et du droit absolu et sans contrôle pour un commerçant de refuser de contracter avec autrui, tout en admettant d'autre part, à l'égard d'entreprises jouissant d'un privilège, que les tribunaux sont fondés à rechercher les motifs du refus de contracter et à prononcer une condamnation à des dommages-intérêts, lorsque le refus est dicté par la malveillance ou opposé sans motifs légitimes (36).

Le troisième parti que le destinataire peut prendre est de subordonner son acceptation à certaines modifications de l'offre. Comme nous l'avons vu plus haut, l'acceptation doit correspondre exactement aux termes de l'offre, sinon le concours des volontés n'existe pas. Le contrat ne se formerait donc pas et la réponse modificative faite à l'offrant constituerait une contre-proposition (37).

Pour justifier cette règle, nous donnons un exemple tiré d'une espèce jugée par la cour de la Chancellerie Hyde contre Wrench. Un pollicitant fait une offre de vente

(35) Cass. 3 décembre 1867 S. 68, 1, 193. — Bordeaux 1881 D 1882, 208 — Cass. 19 février 1896 D 1896, 1, 449.

(36) Morel op. cit. Cet auteur distingue suivant que la personne qui a reçu l'offre est restée inactive ou non et suivant qu'il y a des pourparlers ou non.

(37) Demolombe XXIV, n° 52 et 53 — Larombière, I p. 18 — Lyon-Caen, p. 429 — Valéry 202 — Amiens, 11 mai 1854 D 1859, 2, 147. S 1862, 2, 201.

portant sur sa ferme et propose le prix de 1.000 livres sterling. Le bénéficiaire de l'offre, le « sollicité », répond en proposant 950 livres sterling. L'offrant réplique : je ne veux pas. Le sollicité écrit une seconde fois pour dire : Maintenant, j'accepte 1.000 livres. L'offrant répond : Il n'y a pas contrat. Les Anglais analysent l'opération de la manière suivante : première offre : l'offre est repoussée. Ensuite nouvelle offre venant alors du sollicité ; l'offre est repoussée. Les juges anglais considèrent qu'il n'y a rien eu de fait. C'est une mentalité analogue à celle qui règne dans les sociétés que l'on appelle en Angleterre les sociétés de Quakers. Vous n'avez pas le droit de dire : oui après avoir dit : non ; ou de dire : non, après avoir dit oui. Vous n'avez qu'à peser vos raisons et à répondre une fois pour toutes.

Nous analysons la question sur la base du droit plutôt que sur la base de la morale. Lorsqu'une offre est acceptée avec modifications, l'offrant est censé ne pouvoir interprêter cette acceptation que de deux façons : Il peut comprendre ou bien que l'acceptant refuse son assentiment aux termes de l'offre primitive, ou bien qu'il ne consent à former la convention qu'en tenant compte des modifications introduites dans sa contre-proposition.

Or les deux volontés des parties ne s'accordent pas sur les mêmes points ; par conséquent l'offre primitive tombe, faute de concours des volontés. L'offrant pourrait disposer de ces marchandises ailleurs dans les conditions

voulues par lui. L'acceptant ne pourrait pas se plaindre puisque, par son acceptation modificative, il a fait tomber l'offre primitive.

TROISIÈME PARTIE

Preuve du Contrat par Correspondance

CHAPITRE PREMIER

PREUVE DU CONTRAT PAR CORRESPONDANCE EN DROIT CIVIL

En principe, aux termes de l'article 1325 C.C., « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ».

Le législateur, en exigeant la pluralité d'exemplaires, a voulu donner de la sécurité aux parties et maintenir l'égalité entre elles au point de vue de la preuve. Si l'une d'elles n'avait pas en mains l'arme dont elle a besoin, elle serait à la discrétion de l'autre ; celle-ci pourrait en détruisant la preuve du contrat ou simplement en s'abstenant de la produire, échapper à son engagement, si elle le jugeait trop onéreux pour elle-même.

L'unique manière de déjouer ces fraudes est de contraindre toutes les parties à se munir de la preuve dont elles ont besoin. La nature de ce motif montre que la règle est d'ordre public et que les parties ne pourraient pas y déroger en convenant qu'un seul exemplaire suffira pour tout le monde (1).

En matière civile, deux ou plusieurs lettres, échangées entre deux personnes en vue de conclure une convention synallagmatique ne sont pas à proprement parler des actes sous seing privés légalement valables et pouvant constituer une véritable preuve littérale, car elles ne constatent pas une convention déjà arrêtée, mais elles constatent une négociation qui pourrait aboutir à la conclusion définitive de la convention.

Quelle peut donc être leur valeur et quels peuvent être leurs effets ?

Si l'on s'arrêtait aux dispositions de l'art. 1341 C. C. suivant lequel « il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cinq cents francs », des lettres de ce genre n'auraient aucune valeur probante, du moins dans la majorité des cas, car les conventions portant sur un objet d'une valeur inférieure à cinq cents francs sont très rares, ou sont du moins sans grand intérêt et ne donnent guère lieu à une correspondance par écrit.

(1) Baudry-Lacantinerie (3e éd.), p. 273.

Mais l'article 1347 C. C. déroge à la rigueur des principes posés par les articles 1325 et 1341 : « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve écrit. »

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Si les lettres échangées entre deux personnes ne peuvent pas être une preuve littérale complète, ne pourrait-on au moins les considérer comme un commencement de preuve par écrit et leur appliquer l'art. 1347 C. C. ? (12)

Pourquoi non, puisque les conditions exigées par l'art. 1347 C.C., on les trouve facilement dans une lettre missive portant la signature de celui à qui on veut l'opposer.

Donc une lettre missive est un commencement de preuve par écrit qui peut être complété par la preuve testimoniale et par des présomptions. L'existence d'une lettre missive considéré comme un commencement de preuve par écrit supprime en grande partie le danger de la preuve tes-

(2) Baudry-Lacantenerie, 2e éd. II p. 280.
Planiol, II, n° 108 p. 41, qui va plus loin en considérant la lettre missive dont l'écriture est reconnue, fait pleine foi contre celui qui l'a signée de tout ce qui s'y trouve avoué à son avantage.
Aubry et Rau 5e éd. T. XII n° 760. Textes et notes 19-20 qui déclarent que la force probante de lettres missives est abandonnée à l'appréciation du juge qui pouvait les considérer comme une preuve complète ou un simple commencement de preuve par écrit.
Req. 27 octobre 1903 D 1903-574.
Cass. 14 décembre 1892 S. 1896, 1, 524.

timoniale, puisque la conviction du juge est déjà à moitié faite et elle s'appuie sur un document qui ne peut pas mentir.

Le juge, mis en présence d'une lettre missive invoquée par une des parties comme instrument de preuve peut dès lors se prononcer en basant son opinion à la fois sur le contenu de cette lettre et à la fois sur des témoignages ou sur des présomptions qui sont abandonnés à ses lumières et sa prudence.

On oppose à cette opinion, admise par la plupart des auteurs, qu'aux termes généraux de l'art. 1325, il est incontestable qu'une lettre est un acte sous seing privé, par conséquent, la peurve des contrats synallagmatiques par correspondance n'est admissible qu'autant que la formalité de la rédaction d'un double écrit a été remplie. On doit d'autant moins permettre des dérogations à cette règle que le législateur la considère comme d'ordre public. (3)

La lettre missive n'est pas un acte sous seing privé. L'acte sous seing privé est un écrit rédigé pour constater un fait juridique, tandis que le rôle des lettres missives est, par leur échange, d'amener une entente entre les parties.

Or, il y a une différence profonde entre un acte qui constate un fait juridique déjà accompli et arrêté, et les

(3) Toullier, VIII, n° 325 — Vanier, Des lettres missives, Revue critique XXI, p. 111. — Laurent XIX, n° 224.

lettres qui ne sont qu'un moyen de négociation en vue de conclure un acte.

Il est évident que pour que la lettre soit un commencement de preuve par écrit, il faut qu'elle contienne une négociation d'ordre juridique. Une lettre de félicitation ou de condoléance ne constitue pas un commencement de preuve par écrit. Mais lorsque l'auteur de la lettre propose à son correspondant ou accepte à son égard de conclure un contrat, la lettre missive devient un commencement de preuve par écrit, quelque soit le mode de transmission ; qu'elle soit remise de la main à la main, transmise par un tiers ou expédiée à la poste.

Il est évident, quand il s'agit de démontrer l'existence d'une convention unilatérale, qu'une lettre émanant du débiteur et contenant la reconnaissance de la dette justifie pleinement la prétention du demandeur, sauf l'application, s'il y a lieu, de l'art. 1326 C. C.

La jurisprudence et la doctrine ont admis, malgré la prohibition de l'ordonnance du 3 août 1735, la validité d'un testament fait par une lettre missive, à la condition que la lettre ne laisse aucun doute sur la volonté de tester qu'avait son auteur et que la lettre réalise dès l'instant cette volonté, c'est-à-dire qu'elle soit elle-même le testament. (4)

Il en résulte qu'en principe une lettre missive peut va-

(4) Marcadé, art. 970 n° 5. — Demalombe IV, n° 125. — Poitiers, 16 mars 1864 S 1865, 2, 63. — Grenoble, 22 février 1865 S 1865, 2, 164. — Bruxelles, 12 août 1807 S 1813, 2, 334.

loir comme testament, mais que les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation pour décider si le souscripteur a eu la ferme intention de faire, en crivant la lettre, un testament, un acte de disposition de dernière volonté.

Donc, dans les actes unilatéraux, la lettre missive justifie pleinement la prétention du demandeur, et dans les contrats synallagmatiques elle pourrait servir de commencement de preuve par écrit (5). Mais quelle est la valeur d'une lettre écrite à un tiers ? La question est de savoir si les lettres écrites à un tiers peuvent être invoquées contre leur auteur par l'adversaire de ce dernier.

Il serait trop long d'exposer cette question parce que il faudrait entrer dans des questions de détail qui sortent de notre domaine, à savoir l'étude des contrats par correspondance. Disons seulement en principe que l'inviolabilité du secret des correspondances privées s'oppose à ce qu'un tiers fasse usage de la lettre contrairement à la volonté de son expéditeur. Le consentement du destinataire ne suffit pas à lever cet obstacle. Par exception, deux raisons peuvent autoriser un tiers à employer la lettre comme moyen de preuve.

1. Si cette lettre était dans la pensée de son auteur

(5) Pour le droit de production des lettres en justice.
Voir : Valéry, p. 309 suiv. — Massé, dr. comm. en rapport de dr. civil IV n° 2466. — Merlin rep. lettres n° 6. — Vanier, revue critique XVI, p. 88.
Cass. 3 février 1873 S 1873, 1, 313. — Cass. 18 mars 1861 D 1861, 1, 432. — Dijon, 11 mai 1870 S 1872, 2, 381.

destinée à servir de titre, elle prend alors la nature d'un acte instrumentaire, ce qui lui enlève son caractère confidentiel.

2. Si le tiers qui veut en faire usage possède un droit de puissance ou d'autorité sur la personne de l'expéditeur ou du destinataire. On voit des exemples de ce genre dans les lettres interceptées par un mari qui s'en sert comme preuve dans une instance de désaveu, en divorce, ou en séparation.

CHAPITRE II

PREUVE DU CONTRAT PAR CORRESPONDANCE EN DROIT COMMERCIAL

L'importance des contrats par correspondance est bien plus considérable en droit commercial qu'en droit civil. C'est, en effet, par lettres missives ou par télégrammes que se traitent la plupart des affaires entre commerçants. Il est même d'un usage très fréquent entre eux qu'après avoir conclu un contrat de vive voix, ils s'écrivent réciproquement une lettre qui en reproduit les clauses, afin que chacun des contractants ait en mains une preuve de la convention. En outre les contrats commerciaux portent généralement sur des objets d'une valeur beaucoup plus élevée que les conventions conclues par correspondance entre simples particuliers.

Le législateur tenant compte de la rapidité des transactions et de la confiance, nécessaires entre commerçants, a édicté des règles pour faciliter la preuve du contrat par correpsondance. La jurisprudence, s'inspirant des mêmes principes, a confirmé des usages suivis entre commerçants

pour donner à chacun d'eux le moyen de prouver l'existence d'un contrat conclu par correspondance, en cas de contestation.

C'est ainsi que la controverse relative à l'art. 1347 C.C. est sans application en matière commerciale. L'article 109 C. comm. dispose que les achats et les ventes se constatent par la correspondance. Cette disposition s'applique, on s'accorde à le reconnaître, à tous les contrats commerciaux excepté ceux pour lesquels la loi exige l'observation de formes spéciales.

Le législateur, avant de faciliter la preuve des contrats conclus entre commerçants, a exigé que chaque commerçant tienne des registres sur lesquels il inscrit ses correspondances et que ces regitres soient régulièrement tenus pour qu'ils fassent preuve entre commerçants pour faits de commerce.

C'est pourquoi l'article 8 C. comm. impose à tout commerçant l'obligation « de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit et de copier sur un registre celles qu'il envoie ».

La copie de lettre a une grande importance dans le commerce ; en effet la plupart des contrats commerciaux se réalisent par la correspondance. Les mesures établies par l'art. 8 du C. comm. seront très utiles aux commerçants dans le cas où des difficultés s'élèveraient, au sujet d'une vente ou de toute autre négociation. Celui qui ne pourrait à l'appui de ses prétentions, ou pour sa défense,

produire des lettres qu'il affirmerait avoir reçues, ou la copie de celles qu'il aurait envoyées, serait dans une position d'autant plus défavorable, qu'il se serait mis en contravention avec le texte de la loi (1).

La jurisprudence décide même que les tribunaux peuvent n'accorder aucune confiance aux lettres des commerçants non inscrites sur leurs copies de lettres (2).

Quand celui qui a reçu une lettre refuse de la produire, la copie de cette lettre sur le registre de la correspondance de celui qui l'a envoyée, fait preuve comme l'original même qui eut dû être conservé par celui à qui la lettre était adressée.

Quant à la preuve de la date, elle peut résulter de l'apposition du timbre de la poste (3), au moment auquel la lettre a été expédiée. Les commerçants prévoient à l'avance la possibilité de contestations avec leurs correspondants ; souvent ils ne se servent point d'enveloppes pour les affaires et inscrivent l'adresse sur le feuillet extérieur. De cette façon, si la date d'une lettre vient à être contestée, il est plus facile de prouver son exactitude au moyen du timbre de la poste, tandis que, lorsque ce timbre se trouve sur une enveloppe, cette enveloppe peut s'égarer ou bien être l'objet d'une substitution frauduleuse de la part de celui qui la détient.

(1) Alauzet, I, sous l'art. 8 commentaire du code de commerce.
(2) Cass. 5 mai 1858 D 1858, 1, 209. — Cass. 18 février 1874 D 1876, 1, 324.
(3) Boistel et Massé, IV, n° 2461.

C'est là un avantage que présente l'usage de cartes-postales ou de cartes-lettres.

Pour éviter les risques de perte des lettres et les inconvénients qui pourraient en résulter, les commerçants ont pour usage, soit d'accuser réception des lettres par eux antérieurement reçues de leur correspondant et relatives à la même affaire, soit de confirmer leurs propres lettres lorsqu'elles sont restées sans réponse. De cette façon, la correspondance des deux parties se lie comme une chaîne continue et il sera très facile de remédier aux conséquences de la perte d'une lettre pendant la négociation. En effet, chaque partie aura le moyen de démontrer que ses intentions ont été portées à la connaissance de l'autre partie. Par là aussi se trouve simplifiée la preuve des contrats par correspondance (4).

---

(4) Voir un jugement de tribunal du Havre en date du 14 janvier 1840 confirmé par la cour de Rouen le 9 avril suivant. Le jugement confirme cet usage.
Dal. Rep. Vente, n° 93.

CHAPITRE III

LA PREUVE PAR TÉLÉGRAMME

Le destinataire d'une lettre est en possession d'un instrument qui présente au point de vue de la preuve une valeur considérable, car la lettre qui lui est adressée est écrite ou au moins signée de la main de son correspondant ; tandis que dans le télégramme les textes qui arrivent à destination sont écrits par un autre que l'expéditeur. Le fonctionnaire qui se charge de transmettre la pensée de l'expéditeur pourrait commettre une omission ou une erreur, qui déformerait la pensée de l'expéditeur. Cette différence profonde embarrasse les auteurs qui ne savent s'ils doivent assimiler le télégramme à la lettre missive ou lui attribuer une valeur juridique moins importante.

Les uns reconnaissent au télégramme le caractère d'une lettre autographe de l'expéditeur, autrement dit, il ne serait qu'une copie de l'original (1). Une autre opinion reconnaît au télégramme la valeur d'une copie conforme et authentique de l'original, transmise par le bureau de

(1) Lyon Caen, Dr. comm., p. 429. — Ripert, p. 232.

départ (2). Cette théorie part de la considération que les employés préposés au télégraphe sont des fonctionnaires publics et que les documents qu'ils émettent sont revêtus d'un indiscutable caractère d'authenticité.

Ces deux théories s'appuient sur le motif de l'utilité pratique. Si le destinataire ne pouvait regarder la déclaration qui est contenue dans le télégramme comme l'expression de la volonté de l'expéditeur, l'utilité de la découverte du télégraphe serait bien réduite, car ils seraient peu nombreux ceux qui voudraient accepter une proposition faite par cette voie.

Sérafini estime que le télégramme n'est autre chose qu'une relation sans garantie de ce qu'un employé de la station d'arrivée affirme lui avoir été transmis par un autre télégraphiste, en d'autres termes, il est une copie dépourvue de toute garantie apte à assurer la conformité du texte, tel qu'il est remis au destinataire, avec l'original de l'expéditeur et les textes des bureaux intermédiaires (3).

Schott affirme que la définition de Sérafini est incomplète, parce qu'elle est limitée aux rapports entre correspondants et administration. Il propose donc différentes définitions suivant la diversité des rapports établis par télégraphe.

Pour l'expéditeur, suivant Schott, le télégramme est

(2) Ludwing, Die telegraphie Leipzig 1872 p. 159.
(3) Serafini il telegrapho in relazione alla jurisprudenza Naples 1862 p. 99.

un moyen de preuve des faits que l'administration a pris la charge de communiquer, au moyen du télégraphe, au lieu de destination : pour l'administration du télégraphe c'est la preuve écrite de l'accomplissement de cette charge à laquelle elle s'est contractuellement obligée ; pour le destinataire, c'est un moyen de preuve de certains faits qu'une personne qui porte, ou qui affirme porter le nom inscrit au bas du télégramme, a voulu lui communiquer, de manière que le télégramme corresponde au contenu de la dépêche originale (4).

La première théorie nous paraît erronée, parce que on ne peut attribuer l'efficacité d'un acte original à un télégramme qui a pu être transmis avec des altérations et même complètement différent de ce qu'a voulu l'expéditeur, par l'employé du bureau de départ, ou par celui du bureau d'arrivée, ou par ceux des bureaux intermédiaires.

La lettre diffère profondément du télégramme. L'auteur d'une lettre peut la relire, la corriger si elle est écrite par lui, ou choisir, en tous cas, celui qui l'écrit si elle est seulement signée par lui ; tandis que le télégramme est écrit et transmis par des fonctionnaires que l'expéditeur ignore et dont la nomination est faite au choix de l'administration.

La deuxième théorie est aussi inexacte parce que, si

(4) Schott, Das transporgeschafte in Endemann's Handbuch III, p. 591.

le télégraphiste est un employé public, les actes qu'il émet ne sont pas publics, la qualité d'employé ne suffit pas pour l'autoriser à cela, à moins d'une compétence spéciale qui lui ait été expressément conférée par le législateur. Mais ni les textes législatifs, ni les règlements télégraphiques ne contiennent des dispositions de nature à conférer aux employés du télégraphe la faculté de rédiger des actes publics. D'ailleurs, une semblable faculté ne serait pas fondée juridiquement. Le préposé de l'administration n'est pas un officier public qui authentiquerait les textes qu'il est chargé de recevoir ou de transmettre ; sa déclaration ne peut en aucun cas atteindre le degré de « publica fides » requis, car il manquera toujours la certitude absolue qu'il a vraiment reçu le message de l'un plutôt que celui d'un autre, et qu'il l'a bien perçu et fidèlement interprêté (5).

A notre avis la théorie la plus exacte est celle de Sarafini qui en substance est semblable à celle de Meili qui définit le télégramme « un témoignage de ce que l'employé de la station d'arrivée croit pouvoir établir sur les indications qui lui ont été transmises » (6).

En partant de cette définition, le télégramme est une copie d'un original qui était déposé au bureau de départ. Les articles 1334 et 1335 du C.C. décident que les copies

(5) Sarafini, p. 93.
(6) Meili telegraphenrecht 2e édit. Zurich 1873 p. 63-64. Amiens, 11 mai 1854 D 1859, 2, 147.

font seulement foi de ce qui est contenu au titre original, même lorsqu'un notaire les a tirées sur la minute d'un acte authentique. Le télégramme, pour avoir une valeur juridique, doit donc être la reproduction exacte de l'écrit déposé par son expéditeur à la station de départ. A cette condition il constitue une preuve de la même valeur qu'une lettre ; pourvu bien entendu que l'identité de l'expéditeur soit établie.

D'une façon ou d'une autre, ou bien le texte du télégramme est conforme à l'original, et alors il prouve l'existence du contrat et on lui applique les mêmes règles qu'aux lettres missives (7), ou bien le contenu du télégramme ne concorde pas avec celui de l'original, le contrat ne prend pas naissance, faute de consentement, et il reste à déterminer à qui l'erreur de transmission est imputable pour allouer une indemnité au destinataire en réparation du préjudice subi (8).

(7) Delamarre et Le Poitevin, n° 163.
(8) Valery, Contrats par correspondance, p. 330.

CONCLUSION

Parvenu au terme de notre étude, nous résumerons en peu de mots les principes qui nous ont guidé et les solutions que nous avons cru devoir adopter.

Les nécessités propres à la vie économique des pays civilisés, à notre époque, envisagée à un point de vue pratique, ont formé l'élément essentiel de notre recherche des règles applicables dans le plus grand nombre de ces pays et conformes aux diverses législations nationales.

Nous avons estimé, d'après ces considérations, qu'il devait être admis qu'une offre ne pouvait lier son auteur tant qu'elle n'était pas acceptée de la personne à laquelle elle était adressée, mais qu'il pouvait, en fait, se présenter des circonstances qui permettaient de présumer cette acceptation, sans qu'elle fût formellement exprimée.

Dans le même ordre d'idées, nous nous sommes rallié, pour déterminer l'époque de la formation du contrat par correspondance, au système de l'information, système traditionnel en France, mais avec quelques tempéraments empruntés au système de l'émission. Ici encore, nous avons été constamment préoccupé de concilier le droit strict et les nécessités de la vie pratique.

Les conditions essentielles de tout commerce à notre époque ont été à nos yeux la rapidité des transactions, qui ne s'accommode d'aucune lenteur provoquée par l'observation de règles purement théoriques ou de formalités inutiles, le respect des intentions des parties, même en l'absence d'une stipulation expressément formulée, et la confiance qui doit régner entre ceux qui traitent des affaires importantes.

Nous nous sommes, même en matière civile, montré enclin à donner la plus grande force probante possible aux lettres missives, quand ce ne serait qu'à titre de commencement de preuve par écrit.

La correspondance par lettres missives est devenue à notre époque le moyen le plus rapide et le plus économique de conclure des contrats. La solidarité économique de toutes les régions d'un même pays et de tous les pays du monde a tendance à s'accroître chaque jour davantage.

Notre attitude vis-à-vis des problèmes de tout genre que peuvent faire naître les contrats par correspondance s'est trouvée constamment influencée par la considération de cet état de choses.

Nous nous sommes efforcé — dans les limites permises par les prescriptions légales les plus formelles — d'admettre et de justifier les solutions les plus favorables à l'efficacité juridique de la correspondance comme procédé de formation des contrats.

Sans doute, nous nous étions montré à cet égard par-

tisan de solutions souples sur certains points ; mais notre but en interprétant d'une manière hardie le droit actuel, a été de devancer le droit de l'avenir et le haut intérêt qui s'attache à cette recherche constitue la meilleure justification de la présente étude.

Le Président de la thèse,
Marc DESSERTEAUX.

Le Doyen de la Faculté de Droit,
M. VIGUES.

Vu et permis d'imprimer.
Dijon, le 8 Mai 1930.
Le Recteur : A. TENACHER.

BIBLIOGRAPHIE

ABU HEIF BEY. — Voies d'exécution, édition arabe. Le Caire, 1920.

ABU HEIF BEY. — Droit international privé, édition arabe. Le Caire, 1921.

ALAUZET. — Commentaire du Code de commerce et de législation commerciale, 3e édition, Paris 1879.

ANSON (sir WILLIAM). — Principles of contracts. Londre, 1879.

ASSER. — Eléments de droit international privé ou du conflit des lois (traduit par Rivier A.). Paris, 1884.

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Jucharide, 5e édit. Paris 1897-1922.

AUDINET. — Principes élémentaires de droit international privé, 2e édition. Paris 1894.

BAHI EL DIN BARAKAT. — Des privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte vis-à-vis des autorités locales. Paris, Rousseau 1912.

BARASSI. — Notificazione necessaria nelle dicharozioni. Milano 1906.

BARRAULT. — Essai sur le rôle du silence créateur de l'obligation. Dijon 1912.

Baudry Lacantinerie. — Traité théorique et pratique du droit civil des obligations, 3e édition. Paris 1906-1908.

Bédarride. — De la juridiction commerciale, 2e édition. Paris Larose 1920.

Bufnoir. — Propriété et contrat. Paris 1900.

Bulletin de juridiction mixte en Egypte.

Bulletin ministériel des postes.

Carrara. — Formaza dis contracto. Edition italienne. Naples 1918.

Cohen. — Contrats par correspondance, thèse Paris 1921.

Colin et Capitant. — Traité élémentaire de droit civil, 5 édition, Paris 1928.

Dalloz. — Jurisprudence générale.

» Répertoire.

Delamarre et Le Poitvin. — Contrat de commission. Paris 1860-1861.

Demoque. — Traité des obligations en général. Paris 1923.

Demolombe. — Cours de droit civil. Paris 1845-1882.

Dereux. — Etude des diverses conceptions actuelles du contrat. Revue critique de législation et jurisprudence, novembre 1901, tome 30, p. 514.

Desserteaux et Abd el Fatah Bey. — Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale égyptienne (spécialement devant les tribunaux mixtes). Dijon 1926.

DARQUER. — Des contrats par correspondance. Thèse, Paris 1885.

DURANTON. — Cours de droit civil français suivant le code civil. Paris 1837.

EL AHRAMME. — Journal égyptien.

GARSONNET. — Précis de procédure civile, 9e édit., Paris 1923.

Gazette du Palais.

Gazette du Tribunal.

GUILLOUARD. — De la vente et de l'échange. Paris 1890.

GENY. — Des droits sur les lettres missives étudiées principalement en vue du système postal français. Paris 1911.

HUC. — Commentaire théorique et pratique de droit civil. Paris 1892-1903.

JENKS. — Digest de droit anglais (traduction par Chéophile Baumann. Paris 2e édit. 1923.

Journal de droit international privé.

LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations. Paris 1857-1862.

LAURENT. — Principes de droit civil, 3e édit. Paris 1878.

LEVY. — Des manifestations tacites de volonté en matière civile et commerciale. Lyon, 1927.

LEVY ULMANN. — Cours de droit civil approfondi du Doctorat à la Faculté de droit de Paris 1927.

LUDWING. — Die telegraphie Lupzig 1872.

LYON CAEN et RENAULT. — Manuel de Droit commercial, 15e édit. Paris 1928.

MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du code civil, 8e édition. Paris 1885.

MASSÉ. — Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil, 1re édition. Paris 1874.

MEILI. — Das telegrapheurecht, 2e édit. Zurich, 1873.

MERLIN. — Répertoire.

MOREL. — Refus de contracter pour des raisons personnelles. Revue trimestrielle 1908, page 293.

PARDESSUS. — Cours de droit commercial. Paris 1821-1822.

PANDECTES FRANÇAISES. — Recueil général de jurisprudence et de législation.

PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, 10e édit. Paris 1925.

POLLOCK. — Principles of contracts, 5e édit. Londres 1889.

POTHIER. — Obligation — Vente. (Annotées et mises en corrélation par Bugnet).

Projet de code des obligations et des contrats ; textes définitifs approuvés à Paris en octobre 1929.

Recueil de l'académie et de législation de Toulouse. Toulouse 1856-1925.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Revue de droit international.

Revue de droit international privé et de législation comparée.

Revue de notariat et d'enregistrement.

Revue trimestrielle.

RIPERT. — Essai de la vente commerciale. Paris 1875.

ROSSEL. — Droit fédéral des obligations. Paris-Lausanne, 1892.

ROUSSEAU. — De la correspondance, 2e édit. Paris 1877.

SALEILLES. — De la déclaration de volonté. Paris 1901.

SAVIGNY. — Obligation. Traduit de l'allemand par Gérardin et P. Jozon, Paris 1863.

SCHOTT. — Das transporgaschafte in endermann'o Hundbuch Heidelberg 1873.

SERAFINI. — Il telegraphic in relazione alla jurisprudenza. Naples 1862.

SIREZ. — Recueil général de jurisprudence.

STORY. — Commentaries of the conflicts of laws foreign and domestic, 3e édition. Boston 1883.

SURVILLES et ARTHURY. — Cours élémentaires de droit international privé, 5e édit. 1910.

TOUILLER. — Droit civil français suivant l'ordre du code, 5e édition.

VALERY. — Lettres missives. Paris 1912.

» Contrats par correspondance. Paris 1895.

VANIER. — Des lettres missives. Revue pratique XXI p. 80.

VIVANTE. — Droit commercial. Traduit sur la troisième édition italienne par Jean Escarra. Paris 1910-1912.

WEISS. — Traité théorique et pratique de droit international privé 1re édition. Paris 1892-1905.

WORMS. — La volonté unilatérale considérée comme source d'obligation. Thèse, Paris 1891.

ABRÉVIATION

C.C. = Code civil français.
C. Civ. M. = Code civil mixte (égyptien).
C. Comm. = Code commercial français.
C. Pr. M. = Code de procédure mixte (égyptien).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — Définition et intérêt pratique des contrats par correspondance 11

CHAPITRE II. — Les moyens de communication 16

De vive voix.

Par correspondance épistolaire — A qui appartient la lettre pendant la période écoulée entre l'expédition et l'arrivée ? — Solution du problème en cas où la lettre a été remise à un émissaire individuel et en cas où elle a été confiée à la poste.

Le télégramme.

Le téléphone. — Le contrat conclu par téléphone est un contrat entre présents — Réfutation de l'opinion contraire — L'aspect spécial de la difficulté de preuve du contrat conclu par téléphone.

L'intermédiaire. — Différence entre le messager et le mandataire — Le contrat conclu par un mandataire est un con-

trat entre présents — Réfutation de l'opinion contraire.

DEUXIÈME PARTIE

La Formation du Contrat par Correspondance

CHAPITRE I. — L'offre. — Précision du moment où la proposition a eu lieu suivant les différents moyens de communication — Définition et effets de la proposition d'après la théorie allemande — Définition et effets de la proposition d'après la théorie française — L'auteur de la proposition doit avoir la volonté de l'émettre à destination — La proposition peut être expresse ou tacite — Les théories différentes pour distinguer entre la proposition expresse et la proposition tacite — Cas pratiques de la proposition expresse et de la proposition tacite 33

CHAPITRE II. — L'acceptation — Définition — Conditions de l'acceptation requises pour la conclusion du contrat. — L'acceptation peut être expresse ou tacite — Peut-on considérer le simple silence gardé par le destinataire comme équivalent à une acceptation — En principe non — Dans certains cas la doctrine et la jurisprudence considèrent le silence comme équivalent à une acceptation 46

CHAPITRE III. — Du moment et du lieu où se forme le contrat par correspondance 53

Section I. — Importance pratique de la détermination du moment de la formation du contrat 54

Section II. — Importance pratique de la détermination du lieu où le contrat prend naissance — En France controverse relative à l'article 420 du Code de Procédure — Solution de la Cour de Cassation. — En droit international privé — Différentes solutions doctrinales pour déterminer le lieu du contrat — Réfutations. — Difficulté de la question en Egypte à cause des capitulations — Complexité des juridictions en Egypte — Solution du tribunal mixte pour déterminer le lieu du contrat 56

Section III. — Systèmes soutenus pour fixer le moment et le lieu de la formation du contrat par correspondance. .

Système de la déclaration — Arguments pour et contre ce système.

Système de l'expédition — Arguments pour et contre ce système.

Système de l'information — Arguments pour et contre ce système.

Système de la réception — Arguments pour et contre ce système.

Solution de la cour de cassation — Réfutation — Notre système d'après le projet franco-italien de 1927 70

CHAPITRE IV. — Causes qui empêchent la formation du contrat par correspondance 94

Section I. — La révocation de l'offre — La révocation a-t-elle pour effet d'anéantir l'offre de plein droit, ou au contraire, sa validité dépend-elle de l'époque où le destinataire l'a connue ? Solution de la doctrine française qui décide dans le sens de la validité de la révocation — La doctrine et la jurisprudence anglaises décident le contraire — Examen des raisons de controverse entre les deux opinions 94

Section II. — Décès ou incapacité d'un des correspondants 106

Mort du proposant — Elle empêche la formation du contrat — Opinion contraire — Réfutation.

Décès du destinataire — Cas où le destinataire a déjà envoyé son acceptation — Solution suivant le système qu'on adopte pour la formation du contrat — Cas où le destinataire n'a pas encore envoyé son acceptation — Le contrat ne se forme pas quel que soit le système adopté.

L'incapacité survenue pour l'un des correspondants — Mêmes conséquences que la mort.

Faillite d'un des correspondants.

Section III. — Expiration du délai de l'acceptation 109

Offre avec délai — caducité de l'offre en plein droit à l'expiration du délai — Opinion contraire — Réfutation. — Offre sans délai — Le délai moral — Le délai s'entend-il pour l'expédition ou pour la réception — Jurisprudence de la cour suprême. — L'acceptation tardive pourrait être considérée comme une contre-proposition.

Section IV. — Le refus et la contre-proposition 114

Les différentes manières dont le destinataire de l'offre peut réagir.

Accepter purement et simplement — Conséquences.

Refuser — A quel moment le refus produit-il ses effets ? Solution suivant le système qu'on adopte — La jurisprudence des cours d'appel.

Le refus de contracter pour des considérations personnelles devient-il une cause de responsabilité ? En principe non à cause de la liberté du commerce

proclamée par la loi des 2-17 mars 1791 — Restrictions importantes apportées par la jurisprudence.

Les modifications apportées à l'offre constituent une contre-proposition — Justification de la règle d'après la jurisprudence anglaise et la doctrine française.

TROISIÈME PARTIE

Preuve du Contrat par Correspondance

CHAPITRE I. — Preuve du contrat par correspondance en matière civile — La lettre missive est un commencement de preuve par écrit dans les conventions synallagmatiques — Opinion contraire — Réfutation — La lettre missive dans les actes unilatéraux justifie pleinement la prétention du demandeur 123

CHAPITRE II. — Preuve du contrat par correspondance en matière commerciale — Obligation pour chaque commerçant de tenir des registres réguliers — Facilité de preuve admise par le législateur dans l'article 109 C. comm., par la jurisprudence et les usages suivis entre commerçants 130

CHAPITRE III. — La preuve du télégramme — Différence entre la lettre missive et le télé-

gramme — La valeur juridique du télégramme — L'opinion qui reconnaît au télégramme le caractère d'une lettre autographe de l'expéditeur — Réfutation — L'opinion qui reconnaît au télégramme le caractère d'un acte authentique — Réfutation. — L'opinion de Serafini — Les différentes définitions de Schott. — Les caractères exacts du télégramme sont ceux définis par Meili — Force probante du télégramme d'après la définition de Meili 134

CONCLUSION 139

BIBLIOGRAPHIE 143

TABLE DES MATIÈRES 149

Imprimerie Les Presses Modernes
45, rue de Maubeuge, Paris
(Ateliers de Reims — Marne)